

Annahmeverzug und Betriebsrisiko

**Eine Untersuchung über den Anwendungsbereich
von Art. 324 OR**

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
BENNO SCHNÜRIGER
von Lauerz SZ

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981

1982

Annahmeverzug und Betriebsrisiko

**Eine Untersuchung über den Anwendungsbereich
von Art. 324 OR**

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
BENNO SCHNÜRIGER
von Lauerz SZ

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 15. Juli 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



INHALT

Literaturverzeichnis	8
Abkürzungsverzeichnis	14
Einleitung	16
 <u>1. TEIL: GRUNDLAGEN</u>	 17
1. Kapitel: Revision von Art. 332 a OR	17
A. Alte Regelung des Annahmeverzugs	17
B. Neue Regelung des Annahmeverzugs in Art. 324 OR	18
2. Kapitel: Handlungsphasen im Arbeitsverhältnis	20
A. Allgemeines	20
B. Organisationsverhältnis	20
I. Sachlogische Strukturen	20
II. Pflichten des Arbeitnehmers	22
III. Pflichten des Arbeitgebers	23
IV. Zusammenfassung	23
3. Kapitel: Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers	25
A. Vorbemerkungen	25
B. Begriff	25
C. Begründung	26
I. Grundsatz	26
II. Deutsche Lehre	26
III. Schweizerische Lehre	27
D. Grenzen der Beschäftigungspflicht	27
E. Rechtsfolgen	28

2. TEIL: ANNAHMEVERZUG DES ARBEITGEBERS

30

4. Kapitel: Voraussetzungen des Annahmeverzugs

30

A. Möglichkeit der Arbeitsleistung

30

I. Grundsatz

30

1. Allgemeines

30

2. Begriff der Leistung im Arbeitsvertragsrecht

30

II. Unmöglichkeit, Gläubigerverzug und Gefahrtragung
im allgemeinen

32

1. Unmöglichkeit

32

2. Annahmeverzug

33

3. Gefahrtragung

33

III. Hypothetische Anwendung der allg. Lehren auf
das Arbeitsverhältnis

33

1. Unmöglichkeit

34

a) Auf der Seite des Arbeitgebers

34

b) Auf der Seite des Arbeitnehmers

34

2. Gläubigerverzug

34

3. Gefahrtragung

34

IV. Zusammenfassung der Abschnitte II und III

35

V. Regelung im Arbeitsvertragsrecht

35

1. Subjektive Unmöglichkeit

35

a) Des Arbeitnehmers

35

b) Des Arbeitgebers

36

2. Objektive Unmöglichkeit

37

a) Des Arbeitnehmers

37

b) Des Arbeitgebers

37

aa) verschuldet

37

bb) unverschuldet

38

3. Annahmeverzug

39

a) Arbeitgeber will die Leistung nicht annehmen

39

b) Arbeitgeber stellt dem Arbeitnehmer
die notwendigen Geräte und Materialien
nicht zur Verfügung

40

c) Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit
und Gesundheit des Arbeitnehmers

41

d) Gerechtfertigte Arbeitsverweigerung
durch den Arbeitnehmer

41

VI. Ergebnis

42

1. Unmöglichkeit der Leistung

42

a) Verschuldete Unmöglichkeit

42

b) Unverschuldete Unmöglichkeit

43

2. Annahmeverzug

43

3. Zweck dieser Erörterungen

43

VII.	Ursprung der geltenden Regelung des Annahmeverzugs	44
1.	Motive des Gesetzgebers des BGB	44
2.	Lehre in Deutschland	46
3.	Kritik der Lehre Trautmanns	48
VIII.	Kritik an der heutigen schweizerischen Lehre	49
B.	Angebot der Arbeitsleistung	50
I.	Allgemeine Lehren	50
1.	Tatsächliches Angebot	50
2.	Wörtliches Angebot	50
3.	Wegfall des Angebotserfordernisses	50
II.	Arten des Angebotes im Arbeitsrecht	51
1.	Vorbemerkungen	51
2.	Bei Nichtannahme des Arbeitserfolges	51
3.	Bei nichtangekündigter Nichtannahme der Arbeitsleistung	52
4.	Bei Unterlassung der einfachen Vorbereitungs-handlungen	53
5.	Bei angekündigter Nichtannahme der Leistung	54
a)	Bei frühzeitig angekündigter Vertragsänderung	54
b)	Bei kurzfristig angekündigter Vertragsänderung	54
III.	Abgrenzung zur Aenderungskündigung	55
IV.	Folgerung	55
C.	Nichtannahme der Arbeitsleistung	56
D.	Rechtfertigungsgründe	57
I.	Allgemeine Regelung	57
II.	Arbeitsrechtliche Regelung	57
1.	Unmöglichkeit	57
2.	Annahmeverzug	58
5. Kapitel:	Beginn und Ende des Annahmeverzugs	59
A.	Beginn	59
I.	Nichtannahme des Arbeitserfolges	59
1.	Ungenügender Arbeitserfolg	59
2.	Genügender Arbeitserfolg	59
II.	Nichtangekündigte Nichtannahme der Arbeitsleistung	59
III.	Angekündigte Nichtannahme der Arbeitsleistung	59
B.	Ende	60
I.	Normalfall	60
II.	Weitere Beendigungsgründe	60
1.	Vertragsablauf bei befristeten Arbeitsverträgen	60
2.	Ablauf der Kündigungsfrist	60
a)	Bei Nichteinstellung	60
b)	Ablauf der Kündigungsfrist	60
3.	Unmöglichkeit der Arbeitsleistung	61

6. Kapitel: Rechtsfolgen des Annahmeverzugs	62
A. Lohnfortzahlung	62
I. Allgemeines	62
II. Begriff "Lohn" im besonderen	62
1. Fortdauer des Arbeitsverhältnisses	62
2. Verpflichtung zur Bezahlung von Lohn und nicht von Schadenersatz	63
a) Keine Herabsetzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens	63
b) Kein Beweis des Schadens	63
B. Anrechnung der ersparten Ausgaben	64
C. Anrechnung anderweitigen Arbeitserwerbs	64
I. Gebot der Minderung des Schadens	64
II. Zwischenverdienst	65
1. Begriff	65
2. Zumutbarkeit	65
a) In sachlicher Hinsicht	65
b) In lokaler Hinsicht	66
c) In zeitlicher Hinsicht	66
3. Absichtliche Unterlassung	67
a) Anrechnung	67
b) Beweislast im Prozess	67
c) Unterschied zwischen Art. 324 Abs. 2 und 337c Abs. 2 OR	67
aa) Rechtlicher Unterschied	67
bb) Tatsächlicher Unterschied	68
4. Zwischenarbeitsvertrag	68
a) Zustandekommen	69
aa) Culpa in contrahendo	69
b) Inhalt des Zwischenarbeitsvertrages	69
c) Möglichkeiten der Beendigung des Zwischenarbeitsvertrages	70
aa) Durch Wegbedingung der Kündigungsfrist	70
bb) Durch Resolutivbedingung	70
5. Verhältnis zwischen dem bestehenden und dem Zwischenarbeitsvertrag	71
a) Verhältnis der Treuepflichten	71
b) Verhältnis der Fürsorgepflichten	72
6. Kritik an der geltenden gesetzlichen Regelung	72
D. Wegfall der Nachleistungspflicht	73
I. Grundsatz	73
II. Arbeitsrechtliche Regelung	73
E. Abgrenzung zwischen Art. 95 und 324 OR	74
I. Meinung von Lehre und Rechtsprechung	74
II. Kritik dieser Meinung	75

7. Kapitel: Fristlose Kündigung wegen Annahmeverzugs	76
A. Voraussetzungen der fristlosen Kündigung	76
B. Der Annahmeverzug des Arbeitgebers gilt nicht als wichtiger Grund	76
8. Kapitel: Verhältnis zwischen Annahmeverzug und Arbeitslosigkeit	77
A. Grundlage des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung	77
B. Praxis des Eidg. Versicherungsgerichts	78
I. Betriebliche Ursachen der Nichtbeschäftigung	78
II. Konjunkturelle Ursachen der Nichtbeschäftigung	78
1. Grundsatz	78
2. Ausnahmen	79
a) Bei Zweifeln an der Notwendigkeit	79
b) Bei gekündigter Stellung	80
c) Bei unbefristeter Arbeitseinstellung	80
9. Kapitel: Abgrenzung zwischen Annahmeverzug und ungerechtfertigter fristloser Entlassung	81
A. Gleicher Sachverhalt und gleiche Rechtsfolge	81
B. Problem der Erklärung	81
I. Bei klarer Willensäußerung	81
II. Bei unklarer Willensäußerung	82
III. Ursache dieses Problems	82
 <u>3. TEIL: BETRIEBSRISIKOLEHRE UND SUSPENSION</u>	 83
10. Kapitel: Betriebsrisikolehre	83
A. Betriebsrisikolehre in der Schweiz	83
B. Begriff	84
I. Allgemeines	84
II. Beispiel aus der Praxis	85
C. Begründung	85
I. Positive Begründung	86
1. Wirtschaftliche Initiative	86
a) Entschlussfreiheit	86
b) Organisationsfreiheit	87
2. Materieller Gewinn	87
3. Schutz des Arbeitnehmers	88

II.	Negative Begründung	88
	1. Kein Gemeinschaftsverhältnis	88
	2. Keine natürliche Interessengemeinschaft	90
III.	Anwendung von Art. 119 Abs. 3 OR	91
D.	Rechtsnatur	91
I.	Durchbrechung der Vertragsfreiheit im Arbeitsvertragsrecht	92
II.	Rechtsnatur der Gefahrtragsregel beim Betriebsrisiko	92
E.	Grenzen	93
I.	Bei Betriebsgefährdung	93
	1. Bestandesschutz durch Lohnentzug	94
	a) Oekonomische Berechtigung	94
	b) Juristische Berechtigung	95
	c) Ergebnis	95
	2. Bestandesschutz durch Lohnstundung	96
II.	Bei Arbeitskämpfen	96
	1. Grundlagen	96
	a) Trennungstheorie	97
	b) Einheitstheorie	97
	c) Bezug zur Betriebsrisikolehre	98
	2. Sphärentheorie	98
	a) Begriff	98
	b) Arbeitskampf im betroffenen Unternehmen	99
	aa) Folgen für die Gewerkschafter	99
	bb) Aussenseiter	99
	c) Arbeitskampf in fremden Unternehmen	101
	d) Rechtswidriger Arbeitskampf	102
	e) Ergebnis	102
III.	Bei starker Abhängigkeit von Witterungseinflüssen	102
	1. Betroffene Branche	103
	2. Keine einzelvertragliche Regelung	103
	3. Nur gesamtarbeitsvertragliche Regelung	103
F.	Möglichkeiten der Befreiung vom Betriebsrisiko	104
I.	Zulässige Möglichkeiten der Befreiung	104
	1. Kurzarbeit	104
	a) Streik in einem fremden Unternehmen	105
	b) Konjunkturbedingter Arbeitsmangel	105
	2. Nachholen von ausgefallener Arbeitszeit	105
	a) Begriff	105
	b) Schranken	106
	c) Anhörung der Arbeitnehmer	106
	3. Ordentliche Kündigung	106
II.	Unzulässige Möglichkeit der Befreiung	107
11.	Kapitel: Suspension des Arbeitsverhältnisses	109
A.	Begriff	109

B. Arten	109
I. Vereinbarte Suspension	109
II. Suspendierung des Arbeitnehmers	110
III. Suspendierung bei Streik und Aussperrung	111
IV. Ergebnis	111
Zusammenfassung	112

LITERATURVERZEICHNIS

Amrein Felix, Der Annahmeverzug des Dienstherrn nach schweizerischem Recht unter Berücksichtigung des deutschen und französischen Rechts, Diss. Basel 1957 (ungedruckt)

Aubert Jean-François, Traité de Droit constitutionnel, Neuchâtel 1967

Ballerstedt Kurt, Probleme einer Dogmatik des Arbeitsrechts, RdA 1976, S. 5 - 14

Becker Hermann, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Obligationenrecht), Bd. VI, I. Abteilung, Art. 1 - 183, Bern 1941

- Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Obligationenrecht), Bd VI, II. Abteilung, Art. 184 - 551, Bern 1934.

Beuthien Volker, Das Nachleisten versäumter Arbeit, RdA 1960, S. 20 -30

Biedenkopf Kurt H., Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964 (Tarifautonomie)

- Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, Karlsruher Schriftenreihe, Heft 98, Karlsruhe 1970 (Rechtsfortbildung)

Bloch Konrad, Verzug des Gläubigers bei Unterlassung von Vorbereitungshandlungen, die zur Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners vorgesehen und notwendig sind, SJZ 56 (1960), S. 7 - 9

Brecher Fritz, Arbeitsrecht als Kritik des Bürgerlichen Rechts, FS Molitor, München / Berlin 1962, S. 35 - 55

Brühwiler Jürg, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1978

Brunner Andreas B., Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages, Bern 1979 (Kündigung)

- Rechtsfolgen des Arbeitskampfes, in Münir Ekonomi/Manfred Rehbinder (Hrsg.), Recht und Arbeitskampf, Bern 1980, S. 57 - 80 (Arbeitskampf)

Büchi J. Alfred, Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bd I, Zürich 1975

Von Büren Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, Zürich 1964

Bucher Eugen, Schweizerischer Obligationenrecht, Allg. Teil, Zürich 1979

Canner Rudolf, Aus der Rechtsprechung zum Dienstvertragsrecht, 2. Folge, Zürich / München 1972

Carlen Louis, Zur Geschichte des Arbeitsrechts in der Schweiz, ZSR 91 (1972), S. 232 - 260

Cosack Konrad / Mitteis Heinrich, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band (Allg. Lehren und Schuldrecht), 8. umgearbeitete A., Jena 1927

Dallèves Louis / Ammann Martin, La protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, St. Gallen 1979

Dernburg Heinrich, Pandekten, Zweiter Band, 6. verbesserte A., Berlin 1900

Dresdner Entwurf eines allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866, hrsg. v. Bernhard Francke, Aalen 1973

Dünner Martin, Das Betriebsrisikoproblem nach Schweizerischem Arbeitsrecht, Diss. Basel 1974 (ungedruckt)

Eisenstein Rolf, Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen bei Streik und Aussperrung, Köln 1963

Fabricius Fritz, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, Tübingen 1970

Farthmann Friedhelm, Der "personenrechtliche Charakter" des Arbeitsverhältnisses, RdA 1960, S. 5 - 9

Flühmann Adrian W., Die Auswirkungen von Arbeitskämpfen im Arbeitsvertragsrecht, Bern 1976

Fritzsche Hans, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II., 2. A., Zürich 1968

Galperin Hans, Zur Theorie der Lehre von der Betriebsgefahr, RdA 1949, S. 8 - 12

Gamillscheg Franz, Der Abschluss des Arbeitsvertrages im neuen Arbeitsvertragsgesetz, in FS Weber, Berlin 1974, S. 793 - 818 (Abschluss)

- Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts, AcP 176 (1976), S. 197 - 220.

Gauch Peter, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg/i. Ue 1968

Gierke Otto v., Deutsches Privatrecht, Dritter Band, Schuldrecht, München / Leipzig 1917 (Privatrecht)

- Die Wurzeln des Dienstvertrages, in FS Brunner, München/Leipzig 1914, S. 37 - 68 (Dienstvertrag)

Guhl Theo / Merz Hans / Kummer Max, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. A., Zürich 1980

Gygi Fritz, Die Schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 89 (1970), S. 265 - 389

Heinimann Armin, Witterungsbedingte Arbeitsunterbrüche im Baugewerbe und ihre Behandlung im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1970

- Holzer Max, in Hug (Hrsg.): Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971
- Hubmann Heinrich, Das Persönlichkeitsrecht, 2.A., Köln / Graz 1967
- Hueck Alfred / Nipperdey Hans Carl, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. A., Bd. I, Berlin / Frankfurt 1963
- Hug Walther, Das Kündigungsrecht, Bd.II., Aarau 1927 (Kündigungsrecht)
- Ausgewählte Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Bd I., Beiträge zum Arbeitsrecht, hrsg. v. Manfred Rehbinder, Bern 1978 (Abhandlungen)
- Imhof O.E., Die Auswirkungen der Arbeitslosigkeit auf die rechtlichen Verhältnisse des Dienstvertrages, ZBJV 80 (1944), S. 385 - 400
- Isele Hellmut G., Das suspendierte Arbeitsverhältnis, in FS Molitor, München / Berlin 1962, S. 107 - 121
- Isler Peter, Organisatorische Integration der Mitbestimmung in das schweizerische Gesellschaftsrecht, SJZ 71 (1975), S. 185 - 192
- Kalb Heinz-Jürgen, Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre, Berlin 1977
- Kaskel Walter / Dersch Hermann, Arbeitsrecht, 5. A., Berlin / Göttingen 1957
- Kleinewefers Henner / Pfister Regula, Die schweizerische Volkswirtschaft, Frauenfeld 1977
- Köhler Josef, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd II, 1. Teil (Schuldrecht), Berlin 1906
- Kramer Ernst, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Obligationenrecht), Bd. VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, 1. Lieferung, Art. 1 und 2, Bern 1980
- Krasnitzky Norbert J., Die Lehre vom Betriebsrisiko, Eine ökonomisch orientierte Kritik juristisch-ökonomischer Argumente, Diss. Frankfurt/a.M. 1971
- Lang Otto, Der Dienstvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1912
- Lotmar Philipp, Der Arbeitsvertrag. Nach dem Privatrechte des Deutschen Reiches, Bd. I und Bd. II, Leipzig 1902.
- Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Einleitung), Bd. I., Art. 1 - 10, Bern 1966
- Meier-Hayoz Arthur / Forstmoser Peter, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 2.A., Bern 1976
- Meier Kurt, Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, Bern 1978

Meissinger Hans, Der freie Unternehmer und das Betriebsrisiko, RdA 1949, S. 45 -48

Meyer Daniel, Unbeachtliche Befristung von Einzelarbeitsverträgen im schweizerischen Recht, in Münir Ekonomi/Manfred Rehbinder (Hrsg.), Rechtsprobleme befristeter Arbeitsverträge, Bern 1978, S. 29 -43

Miescher Beat, Die Folgen nicht vertragsgemässer Arbeitsleistung nach dem Dienstvertragsrecht und nach den allg. Bestimmungen des Obligationenrechts, Diss. Zürich 1968

Müller Gernot, Der Leistungsbegriff im Arbeitsverhältnis, Bern/Frankfurt/a.M. 1974

Mugdan Benno, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899

Nef Urs Chr., Temporäre Arbeit, Bern 1971 (Temporäre Arbeit)

- Gemeinschaftsverhältnis und Eingliederungstheorie, zwei neue Begriffe im Schweizerischen Arbeitsrecht, SJZ 67 (1971), S. 238 - 242
- Bemerkungen zur Kontroverse zwischen cand. iur. Peter Isler und Dr. Werner Stauffacher betreffend die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses, SJZ 71 (1975), S. 362 - 363

Neumann - Duesberg Horst, Abgrenzungen zwischen Betriebsrisiko und Annahmeverzug, JuS 1970, S. 68 - 70

Nikisch Arthur, Arbeitsrecht, 3.A., Bd. 1, Tübingen 1969

Oftinger Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allg. Teil, 4.A., Zürich 1975

Oser Hugo / Schönenberger Wilhelm, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Obligationenrecht), Bd. V., I. Hbbd., Art. 1 - 183, 2. umgearb. A., Zürich 1945

Oser Hugo / Schönenberger Wilhelm, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Obligationenrecht), Bd. V., II. Hbbd., Art. 184 - 418, 2. umgearb. A., Zürich 1936

Rehbinder Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 6. A., Bern 1981

Riemer Hans Michael, Die Stiftungsaufsichtsbehörden im Konflikt zwischen Arbeitsplatzsicherung und Vorsorgeziel, SZS 1979, S. 266 - 279

Rosset Virgile, Manuel du droit fédéral des Obligations, 4ème éd., complétée et profondément remaniée, Lausanne / Genève 1920

Schaub Günther, Arbeitsrechtshandbuch, 4.A., München 1980

Schneider Albert / Fick Heinrich, Das Schweizerische Obligationenrecht samt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit, 4.A., Zürich 1915

Schönenberger Wilhelm / Jäggi Peter, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Obligationenrecht), Bd. V 1a, Art. 1 - 17, Zürich 1973

Schumacher Jost, Der Vertragsbruch nach dem neuen Arbeitsvertragsrecht, Bern / Frankfurt/a.M. 1975

Schweingruber Edwin, Kommentar zum Arbeitsvertrag, 2.A., Bern 1976

- Das Arbeitsrecht der Gegenwart, FS Marbach, Bern 1962, S. 224 ff.
- Der Dienstvertrag und seine Beziehung zum Arbeitslosenversicherungsrecht, ARV 2 (1954), S. 121 - 146
- Die Entwicklung des Dienstvertragsrecht durch die Gerichtspraxis, ZBJV 68 (1932), S. 201 - 229

Schwerdtner Peter, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1970

- Gemeinschaft, Treue und Fürsorge - oder die Himmelfahrt des Wortes, ZRP 1970, S. 62 - 67

Söllner Alfred, Arbeitsrecht, 6.A., Stuttgart 1978

- in Rebmann / Säcker (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 611, München 1980
- Ohne Arbeit kein Lohn, AcP 167 (1967), S. 132 - 147

Spörri Max, Der Einfluss der Betriebsstockung auf bestehende Arbeitsverträge nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1933

Stauffacher Werner, Organisatorische Integration der Mitbestimmung in das Schweizerische Gesellschaftsrecht, SJZ 71 (1975), S. 185 - 192

Stauffer Hans-Ulrich, Der Begriff der "Arbeitslosenversicherung" und der "Arbeitslosenfürsorge" nach Art. 34 novies BV, Diss. Basel 1979

Streiff Ullin, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht, 3.A., Glattbrugg 1974

Thalberg Kurt, Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers im schweizerischen Recht unter Berücksichtigung der deutschen und österreichischen Arbeitsrechtslehre, Diss. Zürich 1935

Thilo Emile, De la demeure de l'employeur, SJZ 24 (1927/28), S. 35 - 37

Titze Heinrich, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem Bürgerlichen Rechte, Leipzig, 1900

- Von Tuhr Andreas / Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3.A., Zürich 1974/1979
- Von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3.A., Zürich 1974
- Trautmann Paul, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrag, Gruchot 59 (1915), S. 434 - 464
- Tschudi Hans-Martin, Die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse durch die Sozialpartner des schweizerischen Baugewerbes, Zürich 1979
- Vischer Frank, Der Arbeitsvertrag, Unveränderter Nachdruck aus "Schweizerisches Privatrecht", Bd. VII/1, I. Hbbd., Basel 1979
- Wieacker Franz, Leistungshandlungen und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, FS Nipperdey zum 70. Geburtstag, München / Berlin 1965, S. 783 -814
- Wiedemann Herbert, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966
- Wittmann Walter, Wohin treibt die Schweiz?, Bern 1979
- Wyss Otto, Das Recht auf Zuweisung von Arbeit im Arbeitsvertrag, Diss. Zürich 1918
- Zeuner Albrecht, Ueberlegungen zum Begriff des Arbeitnehmers und zum Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Regeln, RdA 1975, S. 84 -88
- Zimmermann Walther J., Die Aenderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht, Diss. Basel 1978 (ungedruckt)
- Zöllner Wolfgang, Arbeitsrecht, 2.A., München 1977

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.M.	anderer Meinung
AM	Arbeitsrechtliches Mitteilungsblatt (Mitteilungsblatt des BIGA von 1933 - 1952)
AP	Arbeitsgerichtliche Praxis (Nachschlagewerk des BAG)
AppGer BS	Appellationsgericht Basel-Stadt
ArbGer BE	Arbeitsgericht der Stadt Bern (ab 1972)
ARV	Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (Mitteilungsblatt des BIGA seit 1953)
BAG	Bundesarbeitsgericht (Deutschland)
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
ders.	derselbe
ebd.	ebenda
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht (Luzern)
FS	Festschrift
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GewGer BE	Gewerbegericht der Stadt Bern (bis 1971)
GewGer ZH	Gewerbegericht der Stadt Zürich
GG	Grundgesetz (Deutschland)
GSG	Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt
HS	Hauptsatz
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JbBE	Jahresberichte des Arbeitsgerichts (Gewerbegericht) der Stadt Bern
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
LMV	Landesmantelvertrag
NAV	Normalarbeitsvertrag
OR	Obligationenrecht

RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StenBullNR	Amtliches Bulletin der Verhandlungen der Bundesversammlung (Nationalrat)
StenBullStR	Amtliches Bulletin der Verhandlungen der Bundesversammlung (Ständerat)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

EINLEITUNG

Die Regelung des Annahmeverzugs des Arbeitgebers gehört nicht zu den bedeutsamsten Normen des Arbeitsvertragsrechts, obwohl beim Erlass des OR von 1911 bemerkt wurde, sie zähle zu den wichtigsten Neuerungen. Dennoch birgt Art. 324 OR drei für das Arbeitsrecht, zum Teil auch für das allgemeine Obligationenrecht wichtige Probleme:

Ein erstes Problem liegt in der Anwendung der allgemeinen Regeln des Obligationenrechts auf das Arbeitsvertragsrecht. Hier stellt sich die Frage, ob und wieweit Normen, die sich am Modell des Kaufs orientieren, auf die komplizierteren Strukturen des Arbeitsverhältnisses anwendbar sind.

Das zweite Problem liegt in der Abgrenzung zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit. Hier stellt sich namentlich die Frage, wann der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Vornahme der Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen nicht nachgekommen ist und wann Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vorliegt.

Liegt objektiv unverschuldete Unmöglichkeit vor, stellt sich als drittes Problem das der Lohnfortzahlung. Es fragt sich, wann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Lohn weiterbezahlen muss, obwohl keine Arbeit geleistet wird und ihn daran kein Verschulden trifft.

Neben diesen drei Hauptproblemen stellt sich z.B. auch das der Abgrenzung von Annahmeverzug und Arbeitslosigkeit, und den Gerichten macht immer wieder die Frage zu schaffen, wann ein Annahmeverzug vorliegt und wann eine fristlose Entlassung.

Es scheint daher, als ob die geltende Regelung des Annahmeverzugs bislang zu wenig problematisiert wurde. Die vorliegende Arbeit will diesem Mangel abhelfen und für die geschilderten Probleme dogmatisch klare Lösungen erarbeiten.

1. Teil: GRUNDLAGEN

1. Kapitel: Revision von Art. 332 aOR

A. Alte Regelung des Annahmeverzugs

Bei der Revision des Obligationenrechts von 1911 wurden die Bestimmungen über den Dienstvertrag von 12 auf 44 Artikel erweitert. Dabei wurde erstmals eine Rechtsnorm über den Annahmeverzug des Arbeitgebers ins Gesetz aufgenommen. Sie entsprach der deutschen Regelung von § 615 BGB¹. Diese wurde von Lang² als eine der wichtigsten Vorschriften des Dienstvertrages bezeichnet. Die Norm von Art. 332 aOR lautete wie folgt:

Kommt der Dienstherr mit der Annahme der Dienstleistung in Verzug, so kann der Dienstpflichtige den vereinbarten Lohn fordern, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein, muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat.

Der Dienstherr befindet sich also im Verzug (genauer: im Gläubigerverzug), wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne welche der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigt verweigert (Art. 91 OR).

Beispiel für den ersten Fall: Der Dienstherr entlässt den Arbeitnehmer plötzlich grundlos oder er mutet ihm zu, mit der Arbeit für einige Tage auszusetzen.

Beispiel für den zweiten Fall: Der Dienstherr händigt dem Arbeitnehmer das Material oder Werkzeug nicht aus, dessen er bedarf; er schickt ihn auf Montage, die Bestandteile der zu montierenden Maschine kommen aber verspätet an, so dass der Arbeiter eine zeitlang "feiern" muss³.

Die Geltendmachung des Annahmeverzugs war an folgende Voraussetzungen geknüpft⁴:

- Angebot der Leistung
- Möglichkeit der Leistung
- Ungerechtfertigte Nichtannahme der Leistung.

1 BBl. 1909 III, S. 747.

2 Lang, Art. 332 Nr. 1.

3 Lang, Art. 332 Nr. 2.

4 Amrein, S. 14.

Der Annahmeverzug löste folgende Wirkungen aus:

- Fortdauer der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers
- Anrechnung der ersparten Auslagen und des anderweitigen Erwerbs oder dessen, was zu erwerben absichtlich unterlassen worden war
- Befreiung von der Nachleistung der Arbeit.

Aus dieser Aufzählung geht hervor, dass sich die heutige Regelung in Art. 324 OR nicht erheblich von der alten unterscheidet. Trotzdem besteht ein wesentlicher Unterschied. Die Rechtsprechung dehnte damals den Anwendungsbereich von Art. 332 aOR auch auf die Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung aus⁵. Dabei wurden sogar geringere Anforderungen an das Angebot des Arbeitnehmers gestellt. Dieser musste der unzulässigen fristlosen Kündigung lediglich widersprechen, um den Arbeitgeber in Annahmeverzug zu setzen⁶.

B. Neue Regelung des Annahmeverzugs in Art. 324 OR

Der Entwurf zum neuen Arbeitsvertragsrecht übernahm Artikel 332 aOR, der die Rechtsfolgen dieses besonderen Falles des Gläubigerverzugs abweichend von seinen allgemeinen Wirkungen (Art. 95 OR) ordnet. Bis auf wenige redaktionelle Aenderungen ist der Artikel unverändert geblieben. Er wurde neu in zwei Absätze gegliedert, und der Fall des Verschuldens beim Annahmeverzug wurde ausdrücklich erwähnt.

Eine weitere Aenderung betrifft die Fälle der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung. Nunmehr wurde der Tatbestand der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung separat geregelt (Art. 337c OR). Damit wurde der Anwendungsbereich des neuen Artikels 324 OR auf die Fälle des eigentlichen Annahmeverzugs beschränkt⁷.

Wie unbestritten im übrigen die geltende Regelung des Art. 324 OR war, geht daraus hervor, dass sowohl der Nationalrat⁸ als auch der Ständerat⁹ den Ent-

5 BGE 78 II 442; GewGer BE in SJZ 20 (1923/24), S. 263; GewGer ZH in ZR 49 (1950), Nr. 185; Thilo, S. 36; Amrein, S. 138-142.

6 Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 2.

7 BBl. 1967 II, S. 330.

8 StenBullNR 1969, S. 447.

9 StenBullStR 1970, S. 325.

wurf diskussionslos guthiessen. Diese Einmütigkeit legt den Schluss nahe, dass die geltende Regelung des Annahmeverzugs von allen politischen und wirtschaftlichen Kräften bejaht wurde. Dennoch ist im Interesse der dogmatischen Durchdringung von Art. 324 OR erforderlich, die hier vorgenommene Durchbrechung des Grundsatzes "Ohne Arbeit kein Lohn" daraufhin zu untersuchen, ob sie funktionsgerecht ist, d.h. den Erfordernissen des Arbeitsverhältnisses und den Grundideen des Gesetzes entspricht.

2. Kapitel: Handlungsphasen im Arbeitsverhältnis

A. Allgemeines

Der Arbeitsvertrag gehört zu den Interessengegensatzverträgen, wie auch der Kauf und der Werkvertrag. Zum Wesen des Interessengegensatzvertrages gehört, dass jeder Beteiligte den eigenen Vorteil sucht, nur seine eigenen Interessen wahren will¹. Dieser Vertragstypus orientiert sich am Modell des Kaufs, also dem gleichzeitigen Austausch von Leistung und Gegenleistung. Auf der sich daraus ergebenden Abhängigkeit der beiden Vertragspartner beruhen die Rechtsnormen der synallagmatischen Verträge, zu denen auch der Arbeitsvertrag gehört. So sind die Leistungen grundsätzlich Zug um Zug zu erbringen (Art. 82, 184 Abs. 2 OR), d.h. in Ermangelung einer gesetzlichen Vorschrift oder einer Verabredung hat keiner der beiden Vertragspartner vorzuleisten².

In diesem Kapitel geht es darum abzuklären, ob das Arbeitsverhältnis ebenfalls dem allgemeinen Modell entspricht oder ob es andere Handlungsphasen kennt.

B. Organisationsverhältnis

I. Sachlogische Strukturen

Betrachtet man das Arbeitsverhältnis in seinem zeitlichen und funktionell-logischen Ablauf, so fällt auf, dass es mit dem üblichen Vertragsmodell nicht vereinbar ist. Der Abschluss des Einzelarbeitsvertrages löst bereits bestimmte rechtliche Wirkungen aus. Auf der Seite des Arbeitnehmers die Pflicht zum Antritt der Arbeitsstelle und zur Aufnahme der Arbeit und auf seiten des Arbeitgebers die Pflicht zur Annahme der Arbeitsleistung und zur Aufnahme des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation³.

Das Arbeitsverhältnis entwickelt sich also stufenweise, d.h. es ist ein auf den Austausch von Arbeitsleistung gegen Entgelt hin angelegtes Organisationsverhältnis. In diesem Verhältnis kann der Arbeitnehmer seiner Verpflichtung zur

1 Meier-Hayoz/Forstmoser, S. 33.

2 Von Tuhr/Escher, Bd. II, S. 58.

3 BBl. 1967 II, S. 277.

Arbeitsleistung nur nachkommen, wenn ihm der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz, die zu leistende Arbeit und die zur Leistung notwendigen Werkzeuge und Materialien zuweist⁴.

Daraus ergibt sich, dass sich zwischen die Verpflichtung des Arbeitnehmers, seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, und die Verpflichtung, Arbeit zu leisten, die zwingende Voraussetzung schiebt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation eingliedert und ihn beschäftigt⁵. Mit anderen Worten: Die Arbeitsleistung kann ohne Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers nicht erbracht werden.

Am klarsten lassen sich die Handlungsphasen im Arbeitsverhältnis anhand einer Grafik darstellen.

Zeit Handlung	1. Tag	2. Tag	3. Tag	
Angebot der Leistung	A	A	A	3
Zuweisung des Arbeitsplatzes u. d. Arbeit	B	B	B	2
Beschaffung d. Werkzeuge u. Materialien	C	C	C	Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen
Leistung der Arbeit	D	D	D	
Annahme der Arbeit	E	E	E	1

4 Fabricius, S. 80.

5 Ebd., S. 15.

Die Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen betreffend ist folgende Begriffsbestimmung vorzunehmen:

1. Einfache Vorbereitungshandlungen

Handlungen, deren Vornahme zur Leistung der Arbeit nicht unbedingt erforderlich ist, z.B. Anbringen von Sicherheitsvorrichtungen an Maschinen (Art. 328 OR), oder die mangelhafte Vornahme von qualifizierten Vorbereitungshandlungen, z.B. Aushändigen von schadhaftem Werkzeug oder Material (Art. 327 OR).

Rechtsfolge bei Nicht- oder Schlechtvornahme: Annahmeverzug.

2. Qualifizierte Vorbereitungshandlungen

Handlungen, die zur Leistung der Arbeit unbedingt erforderlich sind, z.B. funktionierender Betrieb, Stellung von Werkzeugen und Material (Art. 327 OR).

Rechtsfolge bei Nichtvornahme: Unmöglichkeit.

3. Mitwirkungshandlungen

Handlungen, deren Vornahme zur Leistung von Arbeit unbedingt erforderlich ist, z.B. Zuweisung von Arbeit, Anleitung zur Arbeit.

Rechtsfolge bei Nichtvornahme: Unmöglichkeit.

Werden Mitwirkungshandlungen mangelhaft ausgeführt, z.B. schlechte Instruktion oder mangelhafte Ueberwachung, und entsteht dem Arbeitnehmer daraus ein Schaden, ist der Arbeitgeber zum Schadenersatz verpflichtet (Art. 97 ff. OR)⁶.

II. Pflichten des Arbeitnehmers

Will man das Organisationsverhältnis richtig verstehen, müssen die Pflichten der beiden Vertragsparteien kurz betrachtet werden. Der Arbeitnehmer ver-

6 Brühwiler, Art. 328 Nr. 10a; Schweingruber, Art. 328 Nr. 4.

pflichtet sich mit dem Arbeitsvertrag zur "Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers" (Art. 319 OR). Er verpflichtet sich also, dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen (A) und für den Arbeitgeber Arbeit zu leisten (D). Seine Leistung umfasst daher zwei Pflichten. Für das Problem des Annahmeverzugs ist vor allem von Bedeutung, ob man die Möglichkeit der Leistung auf beide Pflichten oder nur auf die erste bezieht⁷.

III. Pflichten des Arbeitgebers

Mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages verpflichtet sich der Arbeitgeber, soweit nichts anderes vereinbart ist, die zur Arbeit notwendigen Materialien und Werkzeuge zu stellen (Art. 327 OR) und die Persönlichkeit und Gesundheit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen (Art. 328 OR). Entscheidend im zeitlichen Ablauf des Arbeitsverhältnisses ist, dass sich zwischen die Verpflichtung des Arbeitnehmers, seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen (A), und die Verpflichtung, Arbeit zu leisten (D), zeitlich und funktionell-logisch die zwingende Voraussetzung schiebt, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz zuweist und ihn beschäftigt (B) und ihm die zur Arbeitsleistung notwendigen Werkzeuge und Materialien aushändigt (C). Verletzt der Arbeitgeber diese Pflichten oder nimmt er die Arbeitsleistung nicht an, so werden die Regeln über den Annahmeverzug angewendet.

IV. Zusammenfassung

Dieser komplexe Ablauf der Erfüllungshandlungen im Arbeitsverhältnis hat zur Folge, dass die Regeln, die auf schlichte Austauschverträge zugeschnitten sind, im Arbeitsvertragsrecht nur bedingt angewendet werden können. Begriffe, die in den allgemeinen Lehren scharfe Konturen aufweisen, z.B. Unmöglichkeit und Verzug, drohen bei unbedachter Uebernahme ins Arbeitsvertragsrecht zu verschwimmen. Deshalb wird es immer wieder notwendig sein, die Begriffe der allgemeinen Lehren an den komplexen Abläufen des Arbeitsverhältnisses zu messen, bevor sie in dieses Rechtsverhältnis übernommen⁸.

7 Fabricius, S. 16.

8 Gamillscheg, in AcP 176, S. 202, 220.

Abschliessend kann zur Anwendbarkeit der allgemeinen Lehren und deren Begriffe folgendes festgestellt werden: Da sich das Arbeitsverhältnis als ein durch besondere Organisations- und Schutzelemente charakterisiertes komplexes Schuldverhältnis darstellt, sind die allgemeinen Vorschriften und Begriffe nur beschränkt anwendbar⁹. Diese Einschränkungen gelten besonders bei der Durchbrechung des Synallagmas und bei den Leistungsstörungen.

9 Fabricius, S. 116 f.; Brecher, S. 46; Zeuner, S. 85.

3. Kapitel : Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers

A. Vorbemerkungen

Aus den Ausführungen des letzten Kapitels geht hervor, dass der Arbeitgeber die Obliegenheit hat, den Arbeitnehmer zu beschäftigen. Er hat ihm also Arbeit zuzuweisen. Tut er das nicht, kommt er mit der Annahme der Leistung in Verzug, d.h. die Leistung kann nicht erbracht werden. Von diesem Blickwinkel aus wäre der Annahmeverzug nichts anderes als die Verletzung der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers¹.

Der Begriff der Beschäftigungspflicht kann aber auch weiter gefasst werden, nämlich als Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung. Ein solcher Anspruch kann auf verschiedene Arten durchgesetzt werden. Im vorliegenden Zusammenhang geht es jedoch nicht um die Durchsetzbarkeit dieses Anspruches. Vielmehr ist die Absicht die, die Beschäftigungspflicht und den Annahmeverzug gegeneinander abzugrenzen und jedem Institut seinen Platz zuzuweisen. Eine derartige Abgrenzung ist vor allem bei den Rechtsfolgen notwendig². Es wird vor allem zu prüfen sein, ob neben dem Anspruch aus dem Annahmeverzug noch weitere aus Verletzung der Beschäftigungspflicht entstehen.

Nicht zur Debatte stehen hier die besonderen Verhältnisse beim Lehrvertrag³ und bei der Akkordarbeit (Art. 326 OR).

B. Begriff

Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers entspricht dem Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers. Sie ist die privatrechtliche, aus dem Arbeitsvertrag resultierende Pflicht, den Arbeitnehmer entsprechend der vereinbarten Tätigkeit zu beschäftigen.⁴

Die Beschäftigungspflicht beruht auf dem Einzelarbeitsvertrag und ist Ausfluss des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers. Das "Recht auf Arbeit" hingegen,

1 Fabricius, S. 16.

2 Vgl. unten, 6. Kapitel.

3 Guhl/Merz/Kummer, S. 438.

4 Schaub, S. 590; Rehbinder, S. 73; Vischer, S. 348.

das als soziales Grundrecht⁵ gefordert wird, ist ein subjektives öffentliches Recht, das sich gegen den Staat richtet. Der Staat wird damit verpflichtet, nach Möglichkeit für die Beschaffung von Arbeitsplätzen zu sorgen⁶.

C. Begründung

I. Grundsatz

Für einen grossen Teil der Bevölkerung bedeutet die Arbeitskraft die Grundlage der Existenz und die einzige Möglichkeit, sich persönlich zu entfalten und an der "kulturschöpferischen Aufgabe der Menschheit teilzunehmen"⁷. Daher ist es mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses nicht vereinbar, wenn sich der Arbeitgeber die Arbeitskraft des Arbeitnehmers sichert, ohne dann von ihr Gebrauch zu machen. Bei der gegenwärtigen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung ("Leistungsgesellschaft"), wird der einzelne in seiner Ehre gekränkt, wenn seine Arbeitsleistung trotz bestehender Beschäftigungsmöglichkeit grundlos zurückgewiesen wird⁸.

II. Deutsche Lehre

Die Beschäftigungspflicht ist heute in Deutschland allgemein anerkannt⁹, doch streitet sich die Lehre über deren Begründung. Hueck¹⁰ und Nikisch¹¹ wollen sie mit dem "Wesen des Arbeitsverhältnisses als einem auf beiderseitiger Treue beruhenden personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis" begründen. Die neuere Lehre¹² und das Bundesarbeitsgericht¹³ jedoch stützen sie auf Art. 1 und 2 GG. Kern dieser Ansicht ist, dass der Arbeitgeber nicht nur aufgrund seiner vertraglichen Treuepflicht, sondern aufgrund der jedermann aus Art. 1 und 2 GG obliegenden Verpflichtung alles zu unterlassen hat, was des Menschen Würde verletzen und die freie Entfaltung der Persönlichkeit verhindern könnte. Es

5 BV-Entwurf Art. 26, Abs. 1 lit. b.

6 Rehbinder, S. 73; Zöllner, S. 67; Hueck/Nipperdey, S. 380 f.

7 Hubmann, S. 185; Gauch, S. 171; Brecher, S. 38.

8 Schwerdtner, S. 106.

9 Zöllner, S. 127; Söllner, S. 210 f.; Schaub, S. 589 - 592.

10 Hueck/Nipperdey, S. 513.

11 Nikisch, S. 382.

12 Söllner, S. 211; Schaub, S. 590.

13 BAG in AP Nr. 2 zu § 611 BGB.

liegt immer eine Beeinträchtigung der Persönlichkeit vor, wenn dem Arbeitnehmer zugemutet wird, seine Vergütung in Empfang zu nehmen, ohne sich als Gegenleistung zu betätigen.

Weiter besteht eine Beschäftigungspflicht, wenn der Arbeitnehmer der Berufstätigkeit bedarf, um seine Leistungsfähigkeit zu erhalten (Schauspieler, Artisten) oder um überhaupt erst einen Beruf zu erlernen¹⁴.

III. Schweizerische Lehre

Die Begründung der Beschäftigungspflicht nach schweizerischem Recht¹⁵ hat weder den Rückgriff auf das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis noch die direkte Abstützung auf die Verfassung nötig. Die einschlägige Norm ist nämlich bereits im geltenden Privatrecht enthalten. Der allgemeine Persönlichkeitsschutz der Art. 27 und 28 ZGB wird im Arbeitsrecht dahin konkretisiert, dass der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen hat (Art. 328 Abs. 1 OR). Das führt dazu, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, den Arbeitnehmer zu beschäftigen, soweit dieser ein berechtigtes Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung und nicht nur an der Lohnzahlung hat¹⁶. Die Beschäftigungspflicht ist bereits in den Materialien erwähnt. So heisst es in der Botschaft des Bundesrates: Der Abschluss des Arbeitsvertrages löst bereits bestimmte rechtliche Wirkungen aus, nämlich auf Seiten des Arbeitnehmers die Pflicht zum Antritt der Arbeitsstelle und zur Aufnahme der Arbeit und auf Seiten des Arbeitgebers die Pflicht zur Annahme der Arbeitsleistung und zur Aufnahme des Arbeitnehmers in den Betrieb oder Haushalt¹⁷.

D. Grenzen der Beschäftigungspflicht

Die Beschäftigungspflicht findet ihre Grenze in der das ganze Arbeitsverhältnis beherrschenden Treuepflicht (Art. 321 Abs. 1 OR). Unzumutbares kann vom Arbeitgeber nicht verlangt werden. Der Arbeitgeber kann eine Beschäftigung z.B. wegen Absatzmangel, Betriebsstillegung oder fehlenden Aufträgen verweigern.

14 Schaub, S. 590.

15 Rehbinder, S. 72 f.; Vischer, S. 348 f.; Imhof, S. 392; Amrein, S. 46; Thalberg, S. 17.

16 BGE 87 II 143.

17 BBl. 1967 II, S. 277.

Neben diesen betrieblichen Gründen gibt es auch solche, die in der Person des Arbeitnehmers begründet sind, wie z.B. Missbrauch von Vertrauen oder Gefährdung des Betriebsfriedens durch einen Arbeitnehmer. In der Regel entfällt die Beschäftigungspflicht auch bei erfolgter Kündigung für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist¹⁸. Grundsätzlich handelt es sich um eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der beidseitig geltenden Treuepflicht. Dabei gilt, dass die Interessen des Arbeitgebers am Unterbleiben der Beschäftigung umso schwerer wiegen, je geringer das Interesse des Arbeitnehmers an der Beschäftigung ist¹⁹.

E. Rechtsfolgen

Die Folgen der Nichtannahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber sind in Art. 324 OR geregelt. Dabei ist es unbeachtlich, ob ein Verschulden des Arbeitgebers vorliegt; der Arbeitnehmer erhält bei verschuldetem und unverschuldetem Verzug des Arbeitgebers seinen Lohn. In den meisten Fällen ist der durch den Annahmeverzug erlittene Schaden des Arbeitnehmers mit dem Lohn identisch.

Stellt die Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers jedoch eine Verletzung des Betroffenen in seinen persönlichen Verhältnissen im Sinne von Art. 328 Abs. 1 OR dar²⁰, so kann beim Vorliegen der vom Gesetz geforderten Voraussetzungen auch auf Genugtuung geklagt werden. Gestützt auf die Entstehungsgeschichte von Art. 99 Abs. 3 OR wendet die Praxis die Grundsätze über die Leistung von Genugtuung auch bei Vertragsverletzungen an²¹. So führt das BGer²² aus: Die Nichterfüllung eines Vertrages durch die eine Partei vermag für sich allein der anderen noch keinen Genutuungsanspruch zu verschaffen. Ein solcher kann vielmehr nur in Betracht kommen, wenn die Vertragsverletzung mit Rücksicht auf die Art und Weise oder wegen der besonderen Umstände, unter denen sie erfolgte, zugleich eine Verletzung des Betroffenen in seinen persönlichen Verhältnissen im Sinne von Art. 28 ZGB ist und darum eine unerlaubte Handlung gemäss Art. 41 OR darstellt. Ueberdies ist gemäss Art. 49 OR eine besondere Schwere

18 BGE 99 Ib 129, 133; Rehbinder, S. 73; Vischer, S. 349.

19 Vgl. oben, FN 17.

20 Vgl. oben, FN 8 und 16.

21 Guhl/Merz/Kummer, S. 59.

22 BGE 87 II 145.

sowohl der Verletzung des Betroffenen als auch des Verschuldens auf seiten des Verletzers erforderlich.

Das Kriterium zur Bestimmung der Schwere des Verschuldens und der Verletzung ist also die oben erwähnte Interessenabwägung unter Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht²³. Damit ist die Rechtsfolge aus der Verletzung der Beschäftigungspflicht nicht Ersatzleistung für wirtschaftlichen Schaden, sondern ein gewisser Ausgleich für erlittene moralische Verunglimpfung.

23 Vlg. oben, FN 19.

2. TEIL: ANNAHMEVERZUG DES ARBEITGEBERS

4. Kapitel: Voraussetzungen des Annahmeverzugs

A. Möglichkeit der Arbeitsleistung

I. Grundsatz

1. Allgemeines

Die Möglichkeit der Leistung ist denknotwendige Voraussetzung, um den Gläubiger in Verzug zu setzen. Das ergibt sich aus der gesetzlichen Formulierung von Art. 91 OR, wo es heisst:

"Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung (...) ungerechtfertigt verweigert".

Eine Leistung kann aber nur dann gehörig angeboten werden, wenn sie überhaupt möglich ist. Die Abgrenzung zwischen der möglichen und der unmöglichen Leistung bietet nun im Arbeitsrecht grosse Schwierigkeiten. Sie ist jedoch für die Anwendung von Art. 324 OR von fundamentaler Bedeutung, weil der Arbeitnehmer nur dann in den Genuss der Lohnfortzahlung kommt, wenn der Arbeitgeber in Verzug, die Leistung also möglich ist.

2. Begriff der Leistung im Arbeitsvertragsrecht

Will man den Begriff der Unmöglichkeit bestimmen, ist zuerst zu überlegen, was Leistung bedeutet. Es fragt sich, ob Leistung nur ein vertragsgemässes Verhalten des Schuldners erfordert oder ob es notwendig ist, dass der dem Inhalt der Schuld entsprechende Erfolg eingetreten ist¹.

In der schweizerischen Lehre wird Leistung entweder als "Aufwand zum Vorteil eines anderen"² oder als "Verhalten des Schuldners in der Obligation"³ bezeichnet. Während die erste Auffassung die Leistung eher dem Ergebnis des Handelns gleichsetzt, neigen die Autoren der zweiten Auffassung dazu, als Leistung den tatsächlichen Vorgang des Handelns zu bezeichnen.

¹ Wieacker, S. 787.

² Schönenberger/Jäggi, Vorbem. von Art. 1 Nr. 28-31; Kramer, Allg. Einleitung, Nr. 72.

³ Guhl/Merz/Kummer, S. 11.

Im Arbeitsverhältnis verpflichtet sich der Arbeitnehmer nicht zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, sondern zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers (Art. 319 Abs. 1 OR). Er schuldet demnach nicht ein Werk, sondern ein Wirken⁴. Bei den nicht erfolgsbestimmten Betätigungspflichten, zu denen die Arbeitspflicht zählt, fallen Leistungshandlung und Leistungserfolg zusammen⁵. Somit tritt der "Erfolg" ein, wenn der Arbeitnehmer handelt, d.h. seine geistigen, körperlichen und seelischen Fähigkeiten für den Arbeitgeber einsetzt⁶. Dabei ist jedoch die Art der Handlung unbeachtlich. Wichtig ist nur, dass gehandelt wird resp. dass gehandelt werden kann. Darunter fällt auch die Arbeitsbereitschaft, denn auch sie wird im Dienste des Arbeitgebers geleistet, sofern das Warten auf den nächsten Einsatz zum Inhalt des Arbeitsvertrages gehört.

Oben⁷ wurde ausgeführt, dass der Arbeitsvertrag zu den Interessengegensatzverträgen gezählt wird. Die Interessen des Arbeitnehmers gehen auf die Lohnzahlung. Diejenigen des Arbeitgebers liegen darin, dass der Arbeitnehmer auf irgendeine Weise für ihn tätig wird und dass ihm aus der Tätigkeit ein Gewinn erwächst. Im Arbeitsverhältnis ist also die Leistung dann als unmöglich zu bezeichnen, wenn das primäre Gläubigerinteresse (die Leistung effektiver Arbeit oder von Arbeitsbereitschaft) nicht mehr durch die geschuldete Leistungshandlung befriedigt werden kann. Die Grenze zwischen Unmöglichkeit und Annahmeverzug liegt zwischen der zeitlich begrenzten Unausführbarkeit und der blossen Verzögerung der Leistung⁸. Vergleicht man diese Definition der Leistung mit dem Ablauf der Handlungsphasen bei der Erfüllung des Arbeitsverhältnisses, so ergibt sich, dass der Arbeitnehmer dann effektive Arbeit leisten kann, wenn der Arbeitgeber alle qualifizierten Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen vorgenommen hat. Die Verwirklichungen der Gläubigerinteressen hängt im Arbeitsverhältnis immer auch und entscheidend vom Verhalten des Gläubigers selbst ab⁹. Sind die Begriffe der Leistung und der Unmöglichkeit definiert, können die bei ihrem Vorliegen eintretenden Rechts-

4 Gierke, Privatrecht, S. 591.

5 Kramer, Allg. Einleitung, Nr. 72.

6 Müller, S. 129.

7 Vgl. oben, S. 20.

8 Kalb, S. 93.

9 Trautmann, S. 455.

folgen untersucht werden. Die Prüfung, ob eine Leistung und deren Unmöglichkeit vorliegt, ist notwendig, weil die Formulierung von Art. 324 OR dieselben Begriffe enthält wie die einschlägigen Normen des Allg. Teils des OR (Art. 91-95).

II. Unmöglichkeit, Gläubigerverzug und Gefahrtragung im allgemeinen

1. Unmöglichkeit

Eine Leistung ist unmöglich, wenn sie zum Zeitpunkt der Erfüllung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht erbracht werden kann. Die Lehre unterscheidet zwischen anfänglicher und nachträglicher, zwischen subjektiver und objektiver Unmöglichkeit. Ist die Unmöglichkeit von Anfang an und objektiv gegeben, kann ein Vertrag gar nicht zustandekommen (Art. 20 OR)¹⁰. Ist sie anfänglich und subjektiv oder nachträglich subjektiv oder objektiv, gilt der Vertrag als zustandegekommen. Die Forderung erlischt aber mit dem Entstehen der unverschuldeten Unmöglichkeit (Art. 119 Abs. 1 und 2 OR)¹¹, wobei der freigeordnete Schuldner dem Gläubiger für bereits erhaltene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung haftet und die noch nicht erfüllte Gegenforderung verliert.

Die Anwendung der Regel von Art. 119 Abs. 1 OR setzt voraus, dass die Unmöglichkeit weder vom Schuldner noch vom Gläubiger zu vertreten ist. Obwohl Art. 119 OR nur die Fälle ausklammert, in denen der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, kann diese Regel auch dann nicht Platz greifen, wenn der Gläubiger für die Unmöglichkeit verantwortlich ist¹². Dieser Fall der Unmöglichkeit ist in der Schweiz, im Gegensatz zu Deutschland (§324 BGB), im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt.

Hat der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten, haftet er dem Gläubiger nach Art. 97 ff. OR. Hat der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten, ist der Schuldner so zu stellen, als ob er korrekt erfüllt hätte¹³.

Bloch¹⁴ vertritt sogar die Meinung, dass der Schuldner gegen den Gläubiger, welcher wesentliche Vorbereitungshandlungen unterlässt, auch gemäss Art. 97 ff. OR vorgehen kann.

10 Von Tuhr/Peter, Bd. I, S. 226.

11 von Tuhr/Escher, Bd. II, S. 131; Becker, Art. 119 Nr. 2.

12 Becker, Art. 119 Nr. 7.

13 Becker, Art. 119 Nr. 8; Oser/Schönenberger, Art. 119 Nr. 24; Amrein, S. 32 f.

14 Bloch, S. 8.

2. Annahmeverzug

Ein Gläubiger kommt in Annahmeverzug, wenn er die ordnungsgemäss angebotene mögliche Leistung nicht annimmt. Er ist in der Regel nicht verpflichtet, bei den erforderlichen Erfüllungshandlungen des Schuldners mitzuwirken, da ihm die Geltendmachung der Forderung wie die Ausübung jedes andern Rechts freisteht¹⁵. Da aber der Schuldner ein rechtlich anerkanntes Interesse daran hat, sich durch Erfüllung von seiner Pflicht zu befreien, und nicht wider seinen Willen im Schuldverhältnis bleiben soll, hat das Gesetz dem Gläubiger gewisse Nachteile auferlegt (Art. 91-95 OR), wenn er seine Rechte nicht ausübt.

Er kommt durch die Nichtannahme der Leistung in Gläubigerverzug¹⁶. Zu beachten ist, dass der Gläubiger- oder Annahmeverzug kein Verschulden des Gläubigers voraussetzt, ja nicht einmal die persönliche Fähigkeit des Gläubigers, bei der Erfüllung mitzuwirken. Weder Tod noch Erkrankung schliessen den Eintritt des Annahmeverzugs aus¹⁷.

3. Gefahrtragung

Unter Gefahrtragung versteht man eine gesetzliche Risikoverteilung, die dahin geht, dass dem Gläubiger das Risiko der Erfüllung bei zufälliger Unmöglichkeit übertragen wird. Solche gesetzlichen Risikoverteilungen finden sich z.B. im Kaufrecht (Art. 185 OR), beim Werkvertrag (Art. 376 Abs. 3) oder beim Verlagsvertrag (Art. 390 OR). In diesen Fällen muss die eine Vertragspartei (Gläubiger), obwohl sie keine Leistung erhält, die andere Vertragspartei (Schuldner) so stellen, als ob deren Leistung korrekt erfolgt wäre.

III. Hypothetische Anwendung der allgemeinen Lehren auf das Arbeitsverhältnis

Würde man die allgemeinen Lehren betreffend Unmöglichkeit, Annahmeverzug und Gefahrtragung im Arbeitsverhältnis anwenden, käme man zu folgenden Lösungen:

15 Von Tuhr/Escher, Bd. II, S. 69.

16 Ebd., S. 69.

17 Becker, Art. 91 Nr. 24.

1. Unmöglichkeit

a) Auf der Seite des Arbeitgebers

Die Arbeitsleistung ist immer dann unmöglich, wenn die dazu notwendigen qualifizierten Vorbereitungs- und die Mitwirkungshandlungen vom Arbeitgeber nicht vorgenommen werden¹⁸. Besteht die objektive Unmöglichkeit von Anfang an, ist der Arbeitsvertrag nichtig (Art. 20 OR)¹⁹. Tritt die Unmöglichkeit erst während des Arbeitsvertrages ein, erlischt der Anspruch auf Arbeitsleistung, wenn die Unmöglichkeit von keiner Partei zu vertreten ist (Art. 119 Abs. 1 OR). Hat der Arbeitgeber die Unmöglichkeit verschuldet, muss er den Arbeitnehmer so stellen, als wenn dieser korrekt erfüllt hätte²⁰.

Das Erlöschen der einen Hauptforderung heisst im Dauerschuldverhältnis, dass ebenfalls die andere erlischt, bis die Unmöglichkeit beseitigt ist²¹. Die Nebenpflichten bleiben jedoch bestehen.

b) Auf der Seite des Arbeitnehmers

Ist die Unmöglichkeit vom Arbeitnehmer zu vertreten, haftet er dem Arbeitgeber nach Art. 97 ff. OR. Hat er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten, wird er für deren Dauer von der Arbeitspflicht befreit und verliert auch seinen Lohnanspruch (Art. 119 Abs. 1 OR). Die Nebenpflichten bleiben auch in diesem Falle bestehen.

2. Gläubigerverzug

Der Arbeitgeber kommt in Gläubigerverzug, wenn er die ordnungsgemäss angebotene und mögliche Leistung des Arbeitnehmers nicht annimmt. In diesem Fall muss der Arbeitnehmer nach Art. 91-95 OR vorgehen.

3. Gefahrtragung

Gefahrtragung wurde dahin definiert, dass der Gläubiger den Schuldner trotz dessen Nichtleistung so stellen muss, als ob dieser erfüllt hätte. Eine Gefahrtragungsregel in diesem Sinne muss für die einzelnen Schuldverhältnisse vom

18 Vgl. oben, S. 21.

19 Rehbinder, S. 64.

20 Becker, Art. 119 Nr. 7.

21 Miescher, S. 34.

Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen sein oder sich aus dem Inhalt des Vertrages ergeben (Art. 119 Abs. 3 OR). Art. 324 OR stellt eine solche gesetzliche Risikoverteilungsanordnung für das Arbeitsverhältnis dar.

IV. Zusammenfassung der Abschnitte II und III

1. Unmöglichkeit

Unmöglichkeit der Leistung liegt immer dann vor, wenn der Schuldner die Leistung nicht erbringen kann. Das Nichtkönnen ist von keiner der beiden Vertragsparteien zu vertreten, wenn es auf Zufall beruht.

2. Gläubigerverzug

Gläubigerverzug liegt immer dann vor, wenn der Gläubiger die mögliche Leistung nicht annehmen will²² oder wenn er die Vorbereitungshandlungen nicht vornimmt.

3. Gefahrtragung

Von Gefahrtragung spricht man dann, wenn der Gläubiger das Risiko des zufälligen Nichtleistenkönnens des Schuldners zu tragen hat.

V. Regelung im Arbeitsvertragsrecht

1. Subjektive Unmöglichkeit

a) Des Arbeitnehmers

Ist die Arbeitsleistung aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, nicht möglich, entfällt grundsätzlich seine Arbeitspflicht und der Arbeitgeber muss den Lohn nicht bezahlen. Hat der Arbeitnehmer die Unmöglichkeit verschuldet, haftet er gemäss Art. 97 ff. OR wie ein normaler Schuldner. Im Unterschied zu den einfachen Austauschverhältnissen dauert aber das Vertragsverhältnis bei den Dauerschuldverhältnissen fort²³.

Der Gesetzgeber hat jedoch entschieden, dass in bestimmten Fällen unverschuldeter subjektiver Unmöglichkeit der Arbeitsleistung der Arbeitgeber das Risiko der Nichtleistung tragen müsse (Art. 324a OR). Betrachtet man die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Verhinderung

²² Fabricius, S. 99.

²³ Miescher, S. 34; Kalb, S. 95.

des Arbeitnehmers unter diesem Gesichtspunkt, zeigt sich, dass diese Regelung gar nicht ausserhalb anerkannter schuldrechtlicher Regeln steht. Der Arbeitgeber als Gläubiger trägt das Risiko der unverschuldeten (Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten) Unmöglichkeit der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers.

b) Des Arbeitgebers

Liegt der Grund der Unmöglichkeit in der Person des Arbeitgebers, würde grundsätzlich die Lohnzahlungspflicht und die Arbeitspflicht entfallen, sofern die Unmöglichkeit nicht vom Arbeitgeber verschuldet ist. Will der Gesetzgeber den Arbeitnehmer vor dieser Konsequenz schützen, muss er eine analoge Regelung wie in Art. 324a OR treffen.

In Art. 324 OR wird der Arbeitgeber grundsätzlich zur Weiterzahlung des Lohnes verpflichtet, wenn er aus Verschulden oder aus anderen Gründen die Arbeitsleistung nicht annehmen kann. Ist die Leistung aus Gründen, die in seiner Person liegen, nicht möglich, muss er also den Lohn zahlen.

Die subjektiv verschuldete oder unverschuldete Unmöglichkeit kann einen Arbeitgeber aber niemals in Verzug setzen, wie dies das Gesetz vorsieht. Wie oben²⁴ gezeigt, schliessen sich Unmöglichkeit der Leistung und Verzug logisch aus. Die Idee des Gesetzgebers, den Arbeitnehmer von den Rechtsfolgen der unverschuldeten subjektiven Unmöglichkeit auf seiten des Arbeitgebers zu schützen, wird mit einem untauglichen Mittel, dem Verzug, zu verwirklichen gesucht.

In Tat und Wahrheit hat der Gesetzgeber hier ebenfalls, wie in Art. 324a OR, eine Risikoverteilung vorgenommen. Der Arbeitgeber soll bei subjektiver Unmöglichkeit nicht nur das Leistungs-, sondern auch das Lohnrisiko tragen. Diese gesetzliche Gefahrtragungsregelung rechtfertigt sich dadurch, dass der Arbeitnehmer (Schuldner) nicht mit den Risiken belastet werden darf, die ihren Ursprung in der Person des Arbeitgebers (Gläubiger) haben.

Der Fall der subjektiven Unmöglichkeit in der Person des Arbeitgebers dürfte nur selten vorkommen. Oben²⁵ wurde gezeigt, dass der Arbeit-

24 Vgl. oben, S. 30.

25 Vgl. oben, S. 21.

nehmer seine Leistungen nicht erbringen kann, wenn er vom Arbeitgeber keinen Arbeitsplatz und keine Arbeit zugewiesen erhält (Mitwirkungshandlungen). Kann ihm der Arbeitgeber aus in seiner Person liegenden Gründen keine Arbeit zuweisen, ist die Arbeitsleistung für den Arbeitnehmer unmöglich. Das kann in kleinen Betrieben der Fall sein, wenn z.B. neben dem Arbeitgeber nur noch ein Hilfsarbeiter beschäftigt ist, der ohne Anwesenheit des Arbeitgebers nichts unternehmen kann²⁶.

2. Objektive Unmöglichkeit

a) Des Arbeitnehmers

Ist der Arbeitnehmer objektiv an der Leistung der Arbeit verhindert, kann er also gar nicht zur Arbeit erscheinen, z.B. bei Unterbrechung der Stromzufuhr für die öffentlichen Verkehrsmittel oder Naturkatastrophen, zieht das die Rechtsfolge von Art. 119 Abs. 1 OR nach sich. Für die Dauer der Unmöglichkeit erhält der Arbeitnehmer keinen Lohn²⁷, und er muss auch keine Arbeit leisten. Diese Rechtsfolge tritt unabhängig von der Art der Entlohnung ein, sowohl bei Wochen- oder Monatslohn als auch bei Stunden-, Tages- oder Akkordlohn. Sie ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber keine Gefahrtragungsregelung für die Fälle der objektiven Unmöglichkeit der Leistung auf seiten des Arbeitnehmers getroffen hat²⁸ und deshalb auf die allgemeinen Lehren zurückgegriffen werden muss. Einer anderslautenden vertraglichen Vereinbarung steht jedoch nichts im Wege.

b) Des Arbeitgebers

aa) verschuldet

Im Arbeitsvertrag, im Gegensatz zu den einfachen Austauschverträgen, ist die auf seiten des Gläubigers eingetretene objektive Unmöglichkeit der Leistung recht häufig anzutreffen. Das rührt daher, dass sich bei den einfachen Austauschverträgen die Hindernisse der Leistung praktisch ausschliesslich in der Sphäre des Schuldners befinden. Im Arbeitsverhältnis erbringt aber der Arbeitnehmer seine Leistung in der Sphäre des Arbeit-

26 GewGer BE in JbBE 44, Nr. 40; Amrein, S. 72.

27 Vischer, S. 385; Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 3.

28 Vgl. die Regelung in Art. 324a OR.

gebers, und somit ist die Wahrscheinlichkeit, dass Leistungshindernisse in dieser Sphäre eintreten, sehr gross²⁹. Der Arbeitgeber muss alle qualifizierten Vorbereitungs- und die Mitwirkungshandlungen vornehmen, damit der Arbeitnehmer die Leistung erbringen kann. Kann nun der Arbeitgeber diese Handlungen nicht vornehmen, ist die Leistung des Arbeitnehmers objektiv unmöglich.

Oben³⁰ wurde darauf hingewiesen, dass die Regelung von Art. 119 Abs. 1 OR nur dann angewendet werden kann, wenn weder der Gläubiger noch der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten haben. Ist die Unmöglichkeit vom Gläubiger zu vertreten, muss dieser den Schuldner gleich stellen wie bei korrekter Erfüllung. Auf das Arbeitsverhältnis übertragen heisst das, dass bei einer vom Arbeitgeber verschuldeten Unmöglichkeit dem Arbeitnehmer der Lohn zu zahlen ist³¹.

Diese sich aus der Anwendung der allgemeinen Lehren auf das Arbeitsverhältnis ergebende Rechtsfolge wird ebenfalls in Art. 324 OR vorgesehen. Der wesentliche Unterschied der beiden Regelungen besteht jedoch darin, dass Art. 324 OR den Arbeitgeber wegen der von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit im Verzug erklärt, Art. 119 OR richtigerweise aber von Unmöglichkeit spricht. Ueber die logische Unvereinbarkeit zwischen Unmöglichkeit und Verzug ist der Gesetzgeber hinweggegangen.

bb) unverschuldet

In der Mehrzahl der Fälle wird der Arbeitgeber die Unmöglichkeit nicht zu vertreten haben, weil ihn kein Vorwurf daran trifft, dass er die qualifizierten Vorbereitungs- und die Mitwirkungshandlungen nicht vornehmen konnte. Die Unmöglichkeit beruht auf Zufall. Hier stellt sich nun das grösste dogmatische Problem für die richtige Auslegung von Art. 324 OR. Auf der einen Seite ist das Verschulden des Gläubigers keine Voraussetzung für die Anwendung der Regeln über den Gläubigerverzug³². Von diesem Grundsatz geht auch Art. 324 OR aus und lässt den Arbeitgeber

29 Meier, S. 55.

30 Vgl. oben, S. 32 f.

31 Müller, S. 269; Becker, Art. 119 Nr. 8; Oser/Schönenberger, Art. 119 Nr. 24; Amrein, S. 32 f.

32 Vgl. oben, S. 33.

verschuldeter- und unverschuldeterweise in Verzug kommen. Auf der andern Seite haben wir gesehen, dass die objektiv unverschuldete Unmöglichkeit nach Art. 119 OR im Arbeitsverhältnis ein zeitlich begrenztes Erlöschen der Hauptleistungspflichten zur Folge hat. Ist die Leistung unmöglich, aus welchen Gründen auch immer, kann der Arbeitgeber aber nicht in Verzug gesetzt werden. In dieser Situation können wir keine Übereinstimmung der Lösung der allgemeinen Lehren und der des Arbeitsrechts feststellen, wie bei der verschuldeten Unmöglichkeit.

Gerade bei diesem Problem übersah der Gesetzgeber, dass unverschuldete Unmöglichkeit nicht mit unverschuldetem Verzug gleichzusetzen ist. Die gesetzliche Formulierung, dass der Arbeitgeber auch "aus andern Gründen" in Verzug gesetzt werden kann, bedeutet nicht, dass der Arbeitgeber auch die Folgen der objektiv unverschuldeten Unmöglichkeit tragen muss. Die Konsequenz dieser Auslegung wäre, dass der Arbeitgeber die Gefahr jeder Unmöglichkeit, gleich aus welchen Gründen sie eingetreten ist, zu vertreten hätte³³. Diese Regel gilt aber in dieser Absolutheit nicht. Sowohl in der Literatur³⁴ als auch in der Rechtsprechung³⁵ ist unbestritten, dass der Arbeitgeber nicht jede objektive Unmöglichkeit zu vertreten hat, sondern nur diejenige, die zum "Betriebsrisiko"³⁶ zu zählen ist.

An dieser Stelle ist noch kurz auf eine besondere Art der objektiven Unmöglichkeit der Arbeitsleistung hinzuweisen: die Betriebspausen. Darunter versteht man organisatorisch bedingte Leerlaufzeiten während der vertraglichen Arbeitszeit. Diese gehen zu Lasten des Arbeitgebers, der Lohnanspruch des Arbeitnehmers mindert sich nicht³⁷.

3. Annahmeverzug

a) Arbeitgeber will die Leistung nicht annehmen

Dieser Fall ist, nicht nur im Arbeitsvertragsrecht, das klassische Beispiel für den Gläubigerverzug. Da der Gläubiger (Arbeitgeber) zur Annahme der

33 Dünner, S. 124.

34 Brühwiler, Art. 324 Nr. 3c; Rehbinder, S. 66 f.; Schumacher, S. 84 f.; Schweingruber, Art. 324 Nr. 3.

35 GSG Basel in AM 1951 III, Nr. 51; GewGer BE in JbBE 31 Nr. 1; GewGer ZH in ZR 57, Nr. 30.

36 Vgl. unten 10. Kapitel.

37 Söllner, in Münchner Kommentar, § 611 Nr. 119.

Leistung nicht verpflichtet ist, kann er, ohne Rechtsnachteile zu erleiden, auf die Annahme der Leistung verzichten. In diesem Falle sind dem Schuldner jedoch gewisse Möglichkeiten in die Hand gegeben, wie er sich aus seiner Schuldnerpflicht trotzdem befreien kann (Art. 95 OR). Im Arbeitsverhältnis tritt dieser Fall immer dann ein, wenn der Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Gründen die mögliche Leistung nicht annehmen will³⁸. Es handelt sich um ein Wollen des Arbeitgebers, da er entscheidet, wann sich die Produktion noch rentiert und wann nicht. Das Risiko der Rentabilität wird auch Wirtschaftsrisiko genannt. Darunter fasst man die Fälle zusammen, in denen die Arbeitsleistung als solche technisch möglich ist, sich aber aus wirtschaftlichen Gründen für den Arbeitgeber nicht lohnt, z.B. Absatz- oder Auftragsschwierigkeiten³⁹.

Die Praxis hat die Fälle des Wirtschaftsrisikos nicht als Rechtfertigung für den Verzug anerkannt und den Arbeitgeber immer zur Fortzahlung des Lohnes verpflichtet⁴⁰.

- b) Der Arbeitgeber stellt dem Arbeitnehmer die notwendigen Geräte und Materialien nicht zur Verfügung (Art. 327 OR)

Bekanntlich ist die Arbeitsleistung ohne qualifizierte Vorbereitungshandlungen unmöglich. Das Gesetz sieht nun in Art. 327 OR vor, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer grundsätzlich mit den für die Arbeit notwendigen Geräten und Materialien ausrüsten muss. Diese Regel hat aber dispositiven Charakter und kann deshalb von den Parteien wegbedungen werden, d.h. die Beschaffung der Arbeitsgeräte kann dem Arbeitnehmer übertragen werden. Ist nun der Arbeitnehmer für die Stellung seiner Arbeitsgeräte selbst verantwortlich, kann der Arbeitgeber deswegen nicht in Verzug kommen, auch wenn der Arbeitnehmer die Arbeit nicht leisten kann.

Grundsätzlich gilt aber, dass der Arbeitnehmer den Arbeitsgeber in Verzug setzen kann, wenn dieser seinen Nebenpflichten nicht oder mangelhaft nachkommt⁴¹. Dieser Grundsatz wird durchbrochen, sofern die Nebenpflichten zu den qualifizierten Vorbereitungshandlungen gehören. Dann

38 Fabricius, S. 99; Ballerstedt, S. 227.

39 Dünner, S. 24; Ballerstedt, S. 227.

40 GewGer ZH in ZR 57 (1958), Nr. 30; OG AG in AM 1946 III, Nr. 35; GewGer ZH in AM 1944 II, Nr. 22.

41 Unveröff. Entscheid des GewGer ZH vom 3. Mai 1978.

führt deren Nichtvornahme zur Unmöglichkeit der Leistung. Nur die mangelhafte Vornahme (einfache Vorbereitungshandlung) führt zum Annahmeverzug⁴².

- c) Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit und Gesundheit des Arbeitnehmers (Art. 328 OR)

Das Gesetz verpflichtet den Arbeitgeber in Art. 328 OR, die Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu schützen und zu achten, auf deren Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen sowie für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Verletzt der Arbeitgeber diese Pflichten (einfache Vorbereitungshandlungen), kann die Arbeit wohl geleistet werden, aber der Arbeitnehmer kann den Arbeitgeber in Verzug setzen, bis er die notwendigen Massnahmen, die zu seinem Schutze notwendig sind, vorgenommen hat⁴³.

- d) Gerechtfertigte Arbeitsverweigerung durch den Arbeitnehmer

Die Arbeitsverweigerung ist gestattet, wenn der Arbeitgeber die Anforderungen der Art. 327 und 328 OR nicht oder schlecht erfüllt⁴⁴. Der Gesetzgeber hat die Bestimmung von Art. 328 OR sogar relativ zwingend ausgestaltet. Sie kann also nicht zu-ungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden. Der Schutz des Arbeitnehmers ist somit eine vertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber hat die zum Schutz von Leben und Gesundheit erforderlichen Massnahmen zu treffen. Er muss für eine einwandfreie Beschaffenheit der Arbeitsräume und anderer vom Arbeitnehmer zu benutzender Räume sorgen, Maschinen und Geräte mit den erforderlichen Sicherheitsvorrichtungen versehen lassen und den Arbeitsablauf möglichst gefahrlos gestalten. Er hat ferner den Arbeitnehmer auf Gefahren hinzuweisen, ihn zu instruieren und für geeignete Ueberwachung der Einhaltung der Sicherheitsvorschriften zu sorgen. Ihre Grenze findet die Schutzpflicht im technisch Möglichen und wirtschaftlich Zumutbaren⁴⁵.

Die Verletzung dieser vertraglichen Verpflichtungen kann verschiedene Rechtsfolgen nach sich ziehen, unter anderem Schadenersatz, Klage auf

42 Vgl. oben, S. 22.

43 BBl. 1967 II, S. 330.

44 Schweingruber, Art. 328 Nr. 4; Streiff, Art. 328 Nr. 9.

45 Brühwiler, Art. 328 Nr. 5; Schweingruber, Art. 328 Nr. 6; Rehbinder, S. 75.

Erfüllung, ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund oder Annahmeverzug des Arbeitgebers⁴⁶.

Schweingruber hat nicht unrecht, wenn er bemerkt, dass die Erfüllungsklage und der Annahmeverzug in diesem Falle ohne praktische Bedeutung sind⁴⁷. In neuerer Zeit ist auch kein Entscheid publiziert worden, der sich mit Annahmeverzug aufgrund von Verletzung der Schutzpflichten befasst hat. Damit ist aber nichts über die Nützlichkeit dieser Rechtsbehelfe an sich ausgesagt. Vielmehr wird damit auf die Tatsache hingewiesen, dass der Arbeitnehmer die ihm zustehenden Rechte zu wenig kennt. Dabei wäre gerade der Rechtsbehelf des Annahmeverzugs geeignet, dem Arbeitgeber in angemessener Art und Weise kundzutun, dass er einer vertraglichen Verpflichtung (trotz vorangegangener Mahnung) noch nicht nachgekommen ist, der Arbeitnehmer aber grundsätzlich an seinem gegenwärtigen Arbeitsplatz bleiben möchte.

VI. Ergebnis

Im 2. Kapitel wurde gezeigt, dass die Vornahme der qualifizierten Vorbereitungs- und der Mitwirkungshandlungen im Gegensatz zu den einfachen Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen, unabdingbare Voraussetzung für die Möglichkeit der Arbeitsleistung sind. Werden diese Handlungen, aus welchen Gründen auch immer, nicht vorgenommen, kann der Arbeitnehmer nicht leisten. Diese Erkenntnis hat für die Bewältigung der Abgrenzungsprobleme von Unmöglichkeit und Verzug erhebliche Konsequenzen.

1. Unmöglichkeit der Leistung

Die Arbeitsleistung ist immer dann unmöglich, wenn sie nicht erbracht werden kann. Sie kann nicht erbracht werden, wenn die qualifizierten Vorbereitungs- und die Mitwirkungshandlungen nicht vorgenommen werden. Dabei ist unbeachtlich, ob der Grund ihrer Nichtvornahme innerhalb oder ausserhalb des Einflussbereichs des Arbeitgebers liegt.

a) Verschuldete Unmöglichkeit

Muss der Arbeitgeber die Unmöglichkeit vertreten, hat er gemäss Art. 119 Abs. 1 OR den Arbeitnehmer so zu stellen, als ob dieser korrekt erfüllt

⁴⁶ Brühwiler, Art. 328, Vorbemerkungen.

⁴⁷ Schweingruber, Art. 328 Nr. 4.

hätte⁴⁸. Die herrschende Lehre im Arbeitsrecht wendet auf diesen Sachverhalt die Norm von Art. 324 OR direkt⁴⁹ oder analog⁵⁰ an.

Der Gesetzgeber und die Lehre haben nicht erkannt, dass die vom Arbeitgeber verschuldete Unmöglichkeit von den allgemeinen Lehren des OR bereits erfasst ist und es daher eines besonderen Artikels im Arbeitsvertragsrecht nicht bedarf, insbesondere eines Artikels, der den Sachverhalt nicht richtig zu erfassen vermag.

b) Unverschuldete Unmöglichkeit

Wie oben⁵¹ gezeigt, hat der Arbeitgeber bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung dem Arbeitnehmer gemäss Art. 324 OR keinen Lohn zu bezahlen. Gerade diejenigen Sachverhalte, die einen gesetzlichen Schutz des Arbeitnehmers erfordern, werden von der gesetzlichen Regelung nicht erfasst. Diese Lücke im Gesetz ist weniger durch den Willen des Gesetzgebers als durch das untaugliche Mittel bedingt, das der Gesetzgeber zum Schutze des Arbeitgebers gewählt hat.

2. Annahmeverzug

Annahmeverzug liegt demnach vor, wenn der Arbeitgeber eine ihm ordnungsgemäss angebotene, mögliche Leistung aus freiem Willen ablehnt⁵² oder wenn er die einfachen Vorbereitungshandlungen nicht vornimmt.

3. Zweck dieser Erörterungen

Diese dogmatischen Erörterungen mögen den Anschein erwecken, als gehe es lediglich um einen Streit um Worte, da der Rechtsanwender immer zum gleichen Ergebnis kommt. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass in der Rechtswissenschaft nicht das richtige Ergebnis, sondern die Begründung wesentlich ist. Wenn der Gesetzgeber eine "richtige" Lösung getroffen hat, heisst das noch nicht, dass dogmatische Ueberlegungen zu deren Begründung unnütz sind.

48 Vgl. oben, S. 38.

49 Brühwiler, Art. 324 Nr. 2; Schweingruber, Art. 324 Nr. 2.

50 Rehbinder, S. 65.

51 Vgl. oben, S. 38 f.

52 Fabricius, S. 99.

Es stimmt, dass sich durch die vorgenommenen dogmatischen und tatsächlichen Abklärungen keine vom Gesetz abweichenden Lösungen ergeben haben. Ein kurzer Rückblick auf die Entwicklung der vom Gesetzgeber übernommenen Lehre des Annahmeverzugs wird zeigen, warum dem so ist.

VII. Ursprung der geltenden Regelung des Annahmeverzugs

Wie oben⁵³ erwähnt, übernahm der schweizerische Gesetzgeber bei der Revision des OR von 1911 für die Regelung des Annahmeverzugs die Lösung des BGB. Will man dem Ursprung der geltenden Annahmeverzugsregelung, die sich an der von 1911 orientiert, nachgehen, hat man sich deshalb mit den deutschen Materialien und Lehren auseinanderzusetzen.

1. Motive des Gesetzgebers des BGB

Mit der Rezeption wurde in Deutschland der Begriff der locatio conductio operarum aufgenommen⁵⁴. Das rechtliche Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber orientierte sich damit an der als Sachmiete konstruierten Sklavenmiete des römischen Rechts. Die sog. "Dienstmiete" war analog der Sachmiete zu behandeln, soweit ihre besondere Natur nicht entgegen stand⁵⁵. Bei der Regelung des Dienstvertragsrechts (§§ 611-630 BGB) hat sich der Gesetzgeber daher am Mietrecht orientiert. Dennoch wurden gewisse Unterschiede zwischen der Regelung des Mietverhältnisses und der des Arbeitsverhältnisses beachtet⁵⁶.

Der Vermieter ist wie der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig. Für beide stellt sich damit die Frage, wann sie die Gegenleistung fordern können; mit andern Worten, wann sie erfüllt haben. Für die Miete gilt, dass der Vermieter dann erfüllt hat, wenn er dem Mieter die vermietete Sache zum Zweck des vertraglichen Gebrauchs überlässt⁵⁷. Demzufolge bestimmt § 552 BGB, dass der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses nicht dadurch befreit wird, dass er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Rechts verhindert ist⁵⁸. Der Arbeitnehmer hingegen hat erst erfüllt, d.h. er

53 Vgl. oben, S. 17.

54 Gierke, Privatrecht, S. 596.

55 Dernburg, S. 310.

56 Mugdan, S. 257.

57 Ebd., S. 257.

58 Vgl. dazu Art. 257 OR, der die gleiche Regelung vorsieht.

kann die Gegenleistung erst fordern, wenn er die mögliche Leistung angeboten hat (gleich wie im Mietrecht) und effektive Arbeit leistet⁵⁹. Um zu einer dem Zug- um Zug- und Dauerschuldcharakter des Arbeitsverhältnisses angemessenen Lösung zu gelangen, hat der Gesetzgeber die Systeme dieser beiden Vertragsarten miteinander kombiniert:

- Grundsätzlich muss der Arbeitnehmer effektiv Arbeit leisten, um seiner Pflicht zu genügen. Das Angebot der Leistung ist demnach nur Voraussetzung zur Erfüllung und nicht Erfüllung selbst. Nimmt der Arbeitgeber das Angebot nicht an, kommt er nach Massgabe der §§ 293-297 BGB in Verzug.
- Die Rechtsfolgen der allgemeinen Gläubigerverzugsregeln helfen dem Arbeitnehmer aber nicht, da sie auf den Austausch einmaliger Leistungen zugeschnitten sind. In Anlehnung an das Mietrecht wird dem Arbeitnehmer der volle Lohn gewährt, ohne dass er zur Nachleistung verpflichtet ist, wenn der Arbeitgeber sein Angebot nicht annimmt.

Auf der einen Seite wurde an die Folgen der fiktiven Arbeitsleistung angeknüpft, auf der anderen Seite war man der Meinung, dass der Anspruch des Arbeitnehmers von den Erfordernissen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers abhängig gemacht werden könne. Auf diesen Ueberlegungen beruht § 615 BGB. Der Wunsch des Gesetzgebers, dass durch die Bezugnahme auf die allgemeinen Regelungen des Annahmeverzugs das Gesetz an Einfachheit und Verständnis gewinne⁶⁰, ist nicht in Erfüllung gegangen. Als nämlich der Gesetzgeber das Modell des Annahmeverzugs wählte, übersah er drei zur Anwendung dieses Systems wesentliche Voraussetzungen: Erstens sind diese Vorschriften auf die Leistung von Sachen des Schuldners ausgerichtet. Zweitens sind sie geprägt von der Vorstellung, dass Leistung und Gegenleistung Zug um Zug und praktisch ohne Mitwirkung des Gläubigers vorgenommen werden, und drittens davon, dass die Leistungshindernisse, die zum Annahmeverzug führen, nur in der Person des Gläubigers liegen können. Da das Arbeitsverhältnis keiner der genannten Voraussetzungen entspricht, wurde vom Gesetzgeber eine Regelung geschaffen, die der Struktur des Arbeitsverhältnisses in keiner Weise entspricht.

59 Mugdan, S. 257.

60 Ebd., S. 257.

Trotz all dieser vom Gesetzgeber vorgenommenen Ueberlegungen ist es erstaunlich, dass er ausführte, das vom Entwurf angenommene Prinzip liege auch denjenigen Gesetzen und Entwürfen zugrunde, welche bestimmen, dass der Arbeitnehmer den Lohn auch dann fordern könne, wenn der Dienstberechtigte wegen eines in seiner Person liegenden Zufalls von den Diensten keinen Gebrauch machen könne⁶¹. Der Art. 625 Satz 1 des Dresdner Entwurfs sah z.B. folgende Regelung vor:

Können die Dienste durch Verschulden des Dienstherrn oder wegen eines in seiner Person eingetretenen Zufalls nicht oder nur teilweise geleistet werden, währenddem der Dienstverdingter zu der Dienstleistung bereit war, so ist der Dienstherr verpflichtet, dem Dienstverdingter neben der Entrichtung des vertragsgemässen Lohnes auch die von ihm gemachten nicht im Lohne begriffenen Auslagen zu erstatten.

Beim Vergleich von Art. 625 des Dresdner Entwurfs mit den bisherigen Ausführungen dieser Arbeit stellt man fest, dass die ratio sowohl des deutschen wie auch des schweizerischen Gesetzgebers im Dresdner Entwurf klarer hervortritt, als in den geltenden Regelungen des BGB und des OR. Aus dem Dresdner Entwurf geht eindeutig hervor, dass Leistungshindernisse, die in der Person des Arbeitgebers liegen oder die er verschuldet hat, nicht Verzug, sondern Unmöglichkeit der Leistung zur Folge haben.

2. Lehre in Deutschland

In der deutschen Lehre war und ist unbestritten, dass die willentliche Ablehnung der Dienste des Arbeitnehmers zum Annahmeverzug des Arbeitgebers führt⁶². Nicht mehr eindeutig nimmt die Lehre zum Problem Stellung, ob die Unmöglichkeit der Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen Annahmeverzug des Arbeitgebers oder Unmöglichkeit der Leistung zur Folge haben.

Annahmeverzug nahmen vor allem Trautmann⁶³ und später auch Gierke⁶⁴ an. Titze⁶⁵ sprach von der "in abstracto" vorliegenden Möglichkeit der Leistung als

61 Mugdan, S. 257.

62 Gierke, Privatrecht, S. 617 f.; Kohler, S. 349; Dernburg, S. 311; Schaub, S. 198; Söllner, S. 224; Zöllner, S. 157.

63 Trautmann, S. 433 - 464.

64 Gierke, Privatrecht, S. 617 f.

65 Titze, S. 25.

Grenze zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit. Einzig Lotmar⁶⁶ formulierte klar, dass Unmöglichkeit der Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen auch Unmöglichkeit der Leistung nach sich ziehe.

Im Laufe der Zeit wurde die Lehre, die Trautmann begründete und die von Gierke übernommen wurde, zur herrschenden Meinung, sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland⁶⁷. Trautmann geht von den beiden zur Zeit der Abfassung seines Aufsatzes herrschenden Lehren von Titze und von Lotmar aus. Zu Titze bemerkt er, dass eine nur in abstracto mögliche Leistung seines Erachtens ebensowenig angeboten wie angenommen werden könne, weil sie gar nichts Wirkliches, sondern nur etwas Gedachtes sei. Bei Lotmar anerkennt er die logisch klare und widerspruchsfreie Abgrenzung, bemängelt aber deren wirtschaftliches Ungenügen. Da die eine Theorie rechtlich, die andere wirtschaftlich unbefriedigende Ergebnisse zeitigte, formulierte Trautmann seine eigene Theorie:

"Unmöglichkeit der Leistung liegt nur dann vor, wenn die nach dem Vertrag dem Schuldner obliegende Leistung derart unmöglich ist, dass auch unter der Voraussetzung der bereits erfolgten vertragsgemässen Mitwirkung des Gläubigers eine Erfüllung unmöglich sein würde".

In einer andern Formulierung heisst es, "dass Annahmeverzug auch dann vorliegt, wenn der in der Person des Gläubigers liegende Grund zugleich eine objektive Unmöglichkeit zur Annahme der Leistung der Dienste in sich schliesst, denn auch in diesem Falle nimmt der Gläubiger nicht an"⁶⁸.

Trautmann begründet seine Meinung wie folgt:

"Die Gefahr des Zufalls, der in seiner (des Gläubigers) Rechtssphäre eintritt, trifft den Gläubiger allein. Kann der Gläubiger die ihm obliegende Leistung nicht bewirken, so bleibt er dennoch verpflichtet, die vereinbarte Gegenleistung, den vereinbarten Lohn zu entrichten. Kann die Arbeitskraft des Schuldners durch Unterlassen der Vorbereitungshandlungen nicht genützt werden, trägt der Gläubiger die Gefahr dieser Nichtanwendung"⁶⁹.

66 Lotmar, S. 282 - 284.

67 Schweiz: Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 5; Becker, Art. 332 Nr. 4-6; Brühwiler, Art. 324 Nr. 2; Schweingruber, Art. 324 Nr. 2; Amrein, S. 103-117. Deutschland: Schaub, S. 198 - 302; Söllner, S. 224; Zöllner, S. 157 f.; a.M. Fabricius, S. 99 ff.

68 Trautmann, S. 450.

69 Trautmann, S. 452.

Der Arbeitgeber trägt also die Gefahr fehlender Vorbereitungshandlungen. Nach Trautmann muss der Arbeitgeber auch die zufällige Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vertreten. Das ist die Konsequenz davon, dass er den Arbeitgeber in Verzug setzt, denn Annahmeverzug setzt bekanntlich kein Verschulden voraus.

3. Kritik der Lehre Trautmanns

Obwohl Trautmann die Abgrenzung von Lotmar als logisch klar und widerspruchsfrei erkannte, war er mit dem Ergebnis nicht einverstanden. Es waren aber nicht rechtliche, sondern wirtschaftliche Überlegungen, die ihn störten. Diese an sich verständliche Haltung ist aber insofern gefährlich, als sie von einem bestimmten Ergebnis ausgeht. Die Rechtsdogmatik wird dann auf dieses Ergebnis hin "zurechtgebogen". Das führt dazu, dass Begriffe verwischt und Tatsachen nicht beachtet werden. Insbesondere hat Trautmann den Begriff der "Leistung" seiner Lehre angepasst.

Titze hatte erkannt, dass die Nichtvornahme der qualifizierten Vorbereitungs- und der Mitwirkungshandlungen die Leistung der Arbeit unmöglich macht. Will man den Arbeitgeber für die unverschuldete, daher zufällige Unmöglichkeit der Nichtvornahme der erwähnten Handlungen eintreten lassen, muss das über eine Regelung der Gefahrtragung geschehen⁷⁰. Eine Verzugsregelung kann nie die Funktion einer Gefahrtragsregelung übernehmen. Verzug setzt die Möglichkeit der Leistung voraus, eine Gefahrtragsregelung wird erst notwendig, wenn die Leistung aus Zufall unmöglich ist.

Wenn nun Trautmann davon spricht, dass der Arbeitgeber die Gefahr des Zufalls zu tragen hat und deshalb in Annahmeverzug gerät, kommt das daher, dass er den Begriff der Leistung im Arbeitsverhältnis sehr eng fasst. Er unterscheidet zwischen "Leistung" und "Bewirken der Leistung"⁷¹, wobei "Leistung" im Zurverfügungstellen der Arbeitskraft und "Bewirken der Leistung" die effektive Arbeitsleistung bedeuten. Versteht man somit Leistung im Sinne von Trautmann, ist die Vornahme der qualifizierten Vorbereitungs- und der Mitwirkungshandlungen immer nur Vorbereitungshandlung, da der Arbeitnehmer nur zur Leistung und nicht zu deren Bewirkung verpflichtet ist.

Trautmann selbst hat ausgeführt, dass die Lehre von Lotmar klar und logisch sei, sie führe aber zu wirtschaftlich unhaltbaren Zuständen. Um der Konsequenz

70 Vgl. oben, S. 33.

71 Trautmann, S. 455.

aus der Lehre von Lotmar zu entgehen, hat Trautmann den zentralen Begriff der Leistung neu definiert. Die Frage bleibt wohl unbeantwortet, ob er sich dabei im legitimen Bereich der richterlichen Rechtsfortbildung bewegte oder ob er sich auf dem gefährlichen Pfad der Gesetzesberichtigung befand. Wird eine solche Lehre von einem Gesetzgeber übernommen, übernimmt er auch den neu definierten Begriff der Leistung. Versucht man dann diese Norm in das Lehrgebäude des Rechts zu integrieren, stellt man plötzlich fest, dass sie von den allgemeinen Lehren abweichende Voraussetzungen aufweist.

Die neueren arbeitsrechtlichen Erkenntnisse über die Handlungsphasen im Arbeitsverhältnis und die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers erlauben es heute, ohne begriffliche Winkelzüge zu den von Trautmann gewünschten Ergebnissen zu gelangen. Der vom Gesetzgeber gesetzte Zweck wird durch sachgerechte Anwendung der allgemeinen Lehren auf das Arbeitsverhältnis erreicht.

VIII. Kritik an der heutigen schweizerischen Lehre

Ebenso wie der Gesetzgeber die Regelung von § 615 BGB hat die Doktrin die Lehre von Trautmann übernommen. Trautmann hat seine Theorie konsequent durchdacht und den Arbeitgeber auch die zufällige Unmöglichkeit vertreten lassen. Das ging der schweizerischen Lehre jedoch zu weit⁷². Sie geht davon aus, dass Unmöglichkeit und nicht Annahmeverzug vorliegt, wenn die qualifizierten Vorbereitungs- und die Mitwirkungshandlungen zufällig nicht erbracht werden können. Damit liegt die Grenze zwischen der möglichen und der unmöglichen Leistung in der Zufälligkeit der Unmöglichkeit. Dieses Unterscheidungskriterium ist nicht brauchbar, da es einen identischen Sachverhalt (Unmöglichkeit der Leistung) mit zwei verschiedenen Rechtsfolgen belegt. Dazu ein Beispiel: Brennt das Fabrikgebäude infolge Verschuldens des Arbeitgebers ab, liegt Annahmeverzug vor, brennt es aus Zufall ab, liegt Unmöglichkeit vor. In beiden Fällen kann der Arbeitnehmer die Arbeit nicht leisten. Das Vorliegen von Unmöglichkeit kann nicht vom Verschulden einer Partei abhängig gemacht werden. Nur die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen können verschieden sein, müssen aber nicht.

72 Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 5; Becker, Art. 332 Nr. 4-6; Brühwiler, Art. 324 Nr. 2; Schweingruber, Art. 324 Nr. 2; a.M. Amrein, S. 103-117, S. 124-126.

B. Angebot der Arbeitsleistung

I. Allgemeine Lehren

Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm ordnungsgemäss angebotene Leistung zurückweist (Art. 91 OR). Das Angebot ist die Aufforderung des Schuldners an den Gläubiger zur Annahme der Leistung. Die nachteiligen Folgen des Verzugs sollen den Gläubiger grundsätzlich nur dann treffen, wenn sich der Schuldner eindeutig zur Erfüllung bereit erklärt hat⁷³. An das Angebot werden keine besonderen Formerfordernisse gestellt, es muss lediglich gehörig sein⁷⁴.

1. Tatsächliches Angebot

Das Angebot muss in der Regel ein tatsächliches sein, d.h. der Schuldner muss alles seinerseits zur Erfüllung Nötige getan haben, so dass dem Gläubiger nur noch die Annahme der Leistung übrig bleibt⁷⁵.

2. Wörtliches Angebot

In gewissen Fällen kann ein bloss wörtliches Angebot der Leistung zur Begründung des Annahmeverzugs genügen. Ein wörtliches Angebot genügt sowohl, wenn es sich um eine sog. antizipierte Annahmeverweigerung oder um eine Holschuld handelt, also auch dann, wenn die richtige Erfüllung erst möglich wird, nachdem der Gläubiger seinerseits Vorbereitungshandlungen vorgenommen hat⁷⁶.

3. Wegfall des Angebotserfordernisses

Nach Ansicht von Becker kann das Anbieten dem Schuldner gänzlich erlassen werden, wenn der Gläubiger den Schuldner an der Erfüllung seiner Leistung geradezu hindert, ihn z.B. fortschickt oder das Haus, in dem die Leistung erbracht werden muss, abschliesst⁷⁷.

⁷³ Von Tuhr/Escher, Bd. II, S. 70.

⁷⁴ Von Büren, Allg. Teil, S. 414.

⁷⁵ Von Tuhr/Escher, Bd. II, S. 70; Becker, Art. 91 Nr. 8.

⁷⁶ Becker, Art. 91 Nr. 15; Von Tuhr/Escher, Bd. II, S. 70.

⁷⁷ Becker, Art. 91 Nr. 17; Amrein, S. 3.

II. Arten des Angebots im Arbeitsrecht

1. Vorbemerkungen

Auch an dieser Stelle ist wiederum zu prüfen, inwieweit die in Art. 91 OR geforderten Voraussetzungen des Annahmeverzugs auf das Arbeitsverhältnis übertragen werden können. Der funktionell-logische Ablauf der Leistungshandlungen im Arbeitsverhältnis wurde oben auf Seite 21 grafisch dargestellt. Die gestrichelten Linien in der Grafik zeigen diejenigen Punkte im Handlungsablauf an, wo dieser gestört werden kann.

Der Einwand, dass nur mögliche Leistungen angeboten werden können, ist im voraus zu entkräften. Es ist nicht so, dass der Arbeitnehmer bei Unmöglichkeit seine Leistung gar nicht mehr anbieten muss. Ein Angebot ist nicht nur beim eigentlichen Verzug notwendig, also dann, wenn der Arbeitgeber die Leistung nicht annehmen will.

Bei der Definition der Leistung⁷⁸ wurde festgestellt, dass die Leistung von Arbeit im Rechtssinne nicht ein Verhalten, sondern eine bewusste Tätigkeit ist, zu der auch die Arbeitsbereitschaft gehört. Sobald also der Arbeitnehmer tätig wird oder sich in Arbeitsbereitschaft hält, erfüllt er seine Pflicht. Im Arbeitsverhältnis fallen daher Leistung und Erfüllung zusammen⁷⁹. Ist die Leistung unmöglich, ist zugleich auch die Erfüllung unmöglich. Das heisst jedoch nicht, dass der Arbeitnehmer daraus ableiten darf, dass ein Angebot der Leistung nicht mehr erforderlich sei. Beide Parteien des Arbeitsvertrages müssen sich so verhalten, dass Leistung und Erfüllung grundsätzlich möglich sind. Tun sie das nicht, erfüllen sie ihre vertragliche Pflicht nicht. Der Arbeitnehmer erfüllt seine Pflicht nicht, wenn er sich nicht zu seinem Arbeitsplatz begibt, der Arbeitgeber erfüllt seine Pflicht nicht, wenn er den Arbeitnehmer nicht beschäftigt oder ihn nicht in Arbeitsbereitschaft hält.

2. Bei Nichtannahme des Arbeitserfolgs (Punkt 1)

Die Pflicht des Arbeitnehmers besteht in der Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers (Art. 319 Abs. 1 OR). Er schuldet nicht das Arbeitsergebnis, sondern die Verwendung seiner Zeit für den Arbeitgeber⁸⁰. Der Arbeitnehmer

78 Vgl. oben, S. 30 f.

79 Kramer, Allg. Einleitung, Nr. 72.

80 Rehbinder, S. 31.

hat sich also an seinen Arbeitsplatz zu begeben, er muss mit der Ausführung der Arbeit beginnen und diese soweit erledigen, dass es nur noch der Abnahme der Dienstleistung durch den Arbeitgeber bedarf. Hat er dies getan, so hat er nach herrschender Lehre seine Leistung real angeboten⁸¹. Diese Umschreibung des tatsächlichen Angebots wird aber dem Arbeitsverhältnis nicht gerecht, da der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nicht einen bestimmten Arbeitserfolg schuldet. Ist der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber tätig geworden und hat er seine Zeit für diesen verwendet, hat er seine Pflicht erfüllt und nicht erst die Erfüllung angeboten. Der Arbeitnehmer hat seine Leistung erbracht, auch wenn der Arbeitgeber den Arbeitserfolg zurückweist. Daraus ergibt sich, dass der Arbeitgeber nicht in Verzug kommt, wenn er den Arbeitserfolg des Arbeitnehmers zurückweist. Er schuldet den Lohn nicht aufgrund von Art. 324 OR, sondern aufgrund von Art. 322 OR. Will er dem Arbeitnehmer den Lohn nicht gewähren, kommt er in Schuldnerverzug.

3. Bei nichtangekündigter Nichtannahme der Leistung (Punkt 2)

Der Arbeitnehmer stellt in der Regel dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft nach Abschluss des Arbeitsvertrages zum vereinbarten Zeitpunkt zur Verfügung. Er findet sich am Morgen an seiner Arbeitsstätte ein, um zu arbeiten. Er hat soweit alles getan, was in seiner Macht steht, damit der Arbeitgeber seine Arbeitskraft nutzen kann. Im funktionell-logischen Ablauf des Arbeitsverhältnisses folgt nun die Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer zu beschäftigen⁸². Gemäss herrschender Lehre⁸³ muss in diesem Falle der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft mündlich anbieten. Diese Anforderung an den Arbeitnehmer erstaunt. Es ist nicht ersichtlich, warum er seinen Arbeitswillen noch besonders kundtun muss, wenn aus seinem ganzen Verhalten nichts anderes zu schliessen ist, als das Vorhandensein des Arbeitswillens. So bemerken Oser/Schönenberger, dass bei natürlicher Betrachtung des Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmer sich zu einer Leistung verpflichte, zu deren Erbringung die Mitwirkung des Gläubigers nötig ist, wie in den meisten Dauerschuldverhältnissen. Der Wille der

81 Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 2; Amrein, S. 22.

82 Rehbinder, S. 73; Fabricius, S. 17.

83 Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 2; Becker, Art. 332 Nr. 7; Brühwiler, Art. 324 Nr. 3b; Amrein, S. 22.

Parteien kann vernünftigerweise nur darauf gerichtet sein, dass der Schuldner das leisten müsse, was er allein und ohne Zutun des Gläubigers erbringen kann⁸⁴.

Werden diese Ausführungen mit Punkt 2 der Grafik verglichen, so stellt man fest, dass in allen diesen Fällen der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft real angeboten hat. Er hat alles getan, damit der Gläubiger die Leistung annehmen kann. Ja noch mehr, durch sein Verhalten hat er den Arbeitgeber geradezu aufgefordert, seine Leistung anzunehmen⁸⁵, d.h. er hat sich so verhalten, dass Leistung und Erfüllung grundsätzlich möglich sind. Anschliessend muss der Arbeitgeber alle qualifizierten Vorbereitungs- und die Mitwirkungshandlungen vornehmen, die zur Arbeitsleistung notwendig sind. Unterlässt er dies, darf daraus dem Arbeitnehmer kein Rechtsnachteil erwachsen.

4. Bei Unterlassen der einfachen Vorbereitungshandlungen

Der Gesetzgeber hat in Art. 328 OR bestimmt, dass der Arbeitgeber gewisse Vorbereitungshandlungen vornehmen muss und dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber in Verzug setzen kann, wenn er dies unterlässt⁸⁶. Erfüllt der Arbeitgeber seine Nebenpflichten nicht, muss er, in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Lehren, vom Arbeitnehmer dazu aufgefordert werden. Erst diese Aufforderung setzt den Arbeitgeber in Verzug.

Die Stellung von Werkzeugen und Materialien (Art. 327 OR) gehört zu den qualifizierten Vorbereitungshandlungen, ohne deren Vornahme die Leistung und Erfüllung unmöglich ist. Kommt der Arbeitgeber dieser Pflicht nicht nach, braucht es vom Arbeitnehmer keine besondere Aufforderung, um den Arbeitgeber in Verzug zu setzen⁸⁷. Werden dem Arbeitnehmer hingegen schadhafte Werkzeuge oder Materialien ausgehändigt (einfache Vorbereitungshandlung), kommt der Arbeitgeber nur in Verzug, wenn er dem Arbeitnehmer auf dessen Verlangen keine einwandfreien Instrumente aushändigt.

84 Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 5; Bucher, S. 287.

85 Von Büren, Allg. Teil, S. 419.

86 Vgl. oben, S. 41.

87 Amrein, S. 23.

5. Bei angekündigter Nichtannahme der Leistung (Punkt 3)

In der Praxis verhält es sich oft so, dass der Arbeitgeber einem einzelnen Arbeitnehmer, einem Teil oder der ganzen Belegschaft ankündigt, dass Kurzarbeit geleistet werden müsse oder dass die Arbeitsverhältnisse für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit suspendiert werden. Solche Änderungen des Vertrages sind nur mit Zustimmung der Arbeitnehmer möglich⁸⁸. Verweigert der Arbeitnehmer seine Zustimmung, kommt der Arbeitgeber mit der Annahme der Leistung in Verzug.

a) Bei frühzeitig angekündigter Vertragsänderung

Kündigt der Arbeitgeber die beabsichtigte Vertragsänderung eine angemessene Zeitspanne im voraus an, kann der Arbeitnehmer auf drei verschiedene Arten reagieren:

- Er nimmt das Angebot des Arbeitgebers ausdrücklich an. Dann ist er mit der Kurzarbeit und der damit verbundenen Lohnkürzung einverstanden.
- Er ist mit dem Angebot des Arbeitgebers nicht einverstanden und bietet seine Arbeitskraft für die Zeit der Suspension oder Kurzarbeit ausdrücklich an (wörtliches Angebot)⁸⁹.
- Er findet sich am vorgesehenen ersten Tag der Arbeitseinstellung am Arbeitsplatz ein (tatsächliches Angebot)⁹⁰.

Im zweiten und dritten Fall setzt er den Arbeitgeber in Verzug, wenn dieser auf der Arbeitseinstellung beharrt.

b) Bei kurzfristig angekündigter Vertragsänderung

Kündigt der Arbeitgeber die beabsichtigte Vertragsänderung nicht im voraus an, sondern erklärt er dem Arbeitnehmer am Vorabend, dass er am nächsten Tag nicht zur Arbeit erscheinen müsse, so muss blosser Widerspruch des Arbeitnehmers genügen, um den Arbeitgeber in Verzug zu setzen, d.h. mit dem Angebot des Arbeitgebers nicht einverstanden zu sein. Der Arbeitgeber bleibt im Verzug, auch wenn der Arbeitnehmer am nächsten Morgen nicht zur Arbeit erscheint.

88 Vischer, S. 384; Canner, 2. Folge, Nr. 146.

89 Hueck/Nipperdey, S. 218.

90 GewGer BE in JbBE 44, Nr. 38 und Nr. 31.

Bei Stillschweigen des Arbeitnehmers ist im Zweifel Annahmeverzug des Arbeitgebers eingetreten, weil im Schweigen des Arbeitnehmers keine konkludente Zustimmung gesehen werden kann, da keine Pflicht zum Widerspruch besteht (Art. 6 OR).

Diese Regel ergibt sich nicht nur aus dem Gesetz, sondern drängt sich auch aufgrund des dauerschuldrechtlichen Charakters des Arbeitsverhältnisses auf⁹¹. Zudem sollte der Arbeitnehmer nicht schlechter gestellt sein, nur weil ihm der Arbeitsunterbruch mitgeteilt wurde und er nicht am Morgen vor geschlossenen Fabrikturen steht.

III. Abgrenzung zur Aenderungskündigung

Die Ankündigung von Kurzarbeit oder Arbeitsaussetzung darf nicht mit der Aenderungskündigung verwechselt werden. Die beiden Willensäußerungen unterscheiden sich im Grundsätzlichen voneinander.

Die Aenderungskündigung zeichnet sich durch einen Kündigungswillen und der mit der Kündigung verbundenen gesetzlichen und vertraglichen Auflagen sowie durch ein Aenderungsangebot aus⁹². Die Ankündigung zur Vertragsänderung enthält hingegen keinen Kündigungswillen des Arbeitgebers. Auch wenn der Arbeitgeber durch Drohung mit Kündigung wesentlich auf den Arbeitnehmer Einfluss nehmen kann, liegt keine Aenderungskündigung vor. Lehnt der Arbeitnehmer das Aenderungsangebot ab, so ist das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt, sondern der Arbeitsvertrag bleibt zu den alten Bedingungen bestehen. Wird der Vertrag nach der Ablehnung des Arbeitnehmers gekündigt, liegt meistens eine normale Kündigung vor, da der Arbeitgeber mit der Kündigung kaum ein besseres Angebot verbinden wird.

IV. Folgerung

Am Anfang dieses Abschnittes stand die Frage, ob die in Art. 91 OR geforderten Voraussetzungen des Annahmeverzugs, namentlich das gehörige Angebot und dessen Ausgestaltung in der Lehre, unesehen auf den Annahmeverzug des Arbeitgebers angewendet werden können. Die Frage lässt sich zusammenfassend wie folgt beantworten:

91 Schweingruber, ARV 2, S. 133; Schweingruber, ZBJV 68, S. 220 f.
 92 Zimmermann, S. 89-100.

Die Aufschlüsselung der funktionell-logischen Zusammenhänge und die Anlage des Arbeitsverhältnisses auf Zeit und nicht auf ein Ende hin bedingen grundsätzlich keine anderen Beurteilungskriterien beim Angebot, als sie die allgemeinen Lehren entwickelt haben. Diese Kriterien dürfen aber nicht *tel quel* im Arbeitsvertrag angewendet, sondern müssen den besonderen Verhältnissen angepasst werden. Grundsätzlich sind drei Punkte auseinanderzuhalten:

1. Der Arbeitgeber kann nicht mehr in Annahmeverzug gesetzt werden, wenn der Arbeitnehmer mit der Ausführung der Arbeit begonnen hat.
2. Durch sein Erscheinen am Arbeitsplatz bekundet der Arbeitnehmer seinen Arbeitsswillen. Um den Arbeitgeber in Verzug zu setzen, braucht er seinen Arbeitsswillen nicht noch ausdrücklich (in Wort und Schrift) kundzutun. Nur wenn der Arbeitgeber die einfachen Vorbereitungshandlungen nicht vorgenommen hat, muss ihn der Arbeitnehmer auffordern, dies zu tun⁹³.
3. a) Bei angekündigter Vertragsänderung kann der Arbeitnehmer entweder ausdrücklich widersprechen (wörtliches Angebot) oder sich ordnungsgemäss zur Arbeit einfinden (tatsächliches Angebot).
 b) Bei plötzlicher Vertragsänderung genügt Stillschweigen des Arbeitnehmers, um den Arbeitgeber in Verzug zu setzen⁹⁴.

Der Unterschied zwischen der Lösung a) und b) besteht in der Zumutbarkeit des ausdrücklichen Widerspruchs oder des realen Angebots. Während bei der Lösung a) dem Arbeitnehmer eine Bedenkzeit gewährt ist, fällt diese bei der Lösung b) weg. Daraus folgt, dass bei der Lösung a) dem Arbeitnehmer eine Willensäusserung zumutbar ist, bei der Lösung b) jedoch nicht.

C) Nichtannahme der Arbeitsleistung

Der Arbeitgeber gerät in Verzug, wenn er die ihm gehörig angebotene Leistung nicht annimmt oder wenn er die einfachen Vorbereitungshandlungen nicht vornimmt. Ebenfalls in Verzug gerät er, wenn er dem Arbeitnehmer eine andere als die vertraglich vereinbarte Arbeit zuweist⁹⁵. Worauf die Nichtannahme zu-

93 GewGer ZH in ZR 79 (1980), Nr. 52.

94 Amrein, S. 27.

95 Schaub, S. 202.

rückzuführen ist, ist im allgemeinen gleichgültig, insbesondere braucht den Arbeitgeber kein Verschulden zu treffen⁹⁶.

Die Nichtannahme der Leistung ist eine vom Schuldner nicht zu erwartende Unterlassung des Gläubigers, die den normalen Ablauf des Arbeitsverhältnisses stört. Aus der Grafik auf S. 21 geht hervor, dass der Gläubiger den normalen Ablauf an drei Punkten stören kann⁹⁷.

D. Rechtfertigungsgründe

I. Allgemeine Regelung

Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der Leistung oder die Vornahme der einfachen Vorbereitungshandlungen ungerechtfertigt verweigert. Als ungerechtfertigt gilt die Annahmeverweigerung bereits dann, wenn dem Gläubiger dazu keine objektiven Gründe zur Seite stehen. Somit fällt ausser Betracht, ob der Gläubiger durch persönliche Gründe an der Annahme der Leistung verhindert war. Auch das Verschulden ist für den Gläubigerverzug nicht beachtlich⁹⁸.

II. Arbeitsrechtliche Regelung

1. Unmöglichkeit

Bei der Abgrenzung von möglicher und unmöglicher Leistung im Arbeitsverhältnis ergab sich, dass die verschuldete und unverschuldete Unmöglichkeit der Arbeitsleistung auf Seiten des Arbeitgebers nicht mit dem Institut des Annahmeverzugs geregelt werden kann. Liegt Unmöglichkeit der Leistung vor, muss somit nicht geprüft werden, ob die Voraussetzungen für die Anwendung der Annahmeverzugsregeln vorliegen.

Ist die Unmöglichkeit vom Arbeitgeber verschuldet, liegen sicher keine Rechtfertigungsgründe vor. Diese Voraussetzung muss nicht geprüft werden, auch wenn die Lehre Art. 324 OR auch auf diesen Sachverhalt anwendet.

Ist die Unmöglichkeit vom Arbeitgeber nicht verschuldet, kann ebenfalls Art. 324 OR nicht angewendet werden. Dieser Sachverhalt wird von der Betriebsrisi-

96 Hueck/Nipperdey, S. 217.

97 Vgl. oben, S. 21 f.

98 Von Tuhr/Escher, Bd. II, S. 72 f.

kolehre erfasst, die als ein in sich abgeschlossenes System zu betrachten ist und später⁹⁹ ausführlich dargestellt wird.

2. Annahmeverzug

Annahmeverzug wurde definiert als die bewusste Ablehnung der Annahme einer an sich möglichen Leistung oder als Nichtvornahme der einfachen Vorbereitungshandlungen. Eine Ablehnung der Annahme liegt praktisch nur in den Fällen konjunktureller Engpässe vor. Man spricht dann vom Wirtschaftsrisiko. Unter diesem Begriff fasst man die Fälle zusammen, in denen die Arbeitsleistung technisch möglich ist, sich aber aus wirtschaftlichen Gründen nicht lohnt¹⁰⁰. Darunter fallen die Fälle der Absatz- oder Auftragsschwierigkeiten.

Rechtsprechung und Lehre haben wirtschaftliche Schwierigkeiten indessen nie als Rechtfertigung des Annahmeverzugs anerkannt¹⁰¹. Der Arbeitgeber muss vielmehr das Wirtschaftsrisiko tragen, weil er einen grossen Teil des Nutzens aus der wirtschaftlichen Tätigkeit zieht. Zudem hat der Arbeitgeber meistens genügend Zeit, um auf Veränderungen der Wirtschaftslage zu reagieren und die notwendigen Dispositionen zu treffen. Tut er das nicht, soll nicht der Arbeitnehmer die Folgen dieser Unterlassung tragen müssen¹⁰².

99 Vgl. unten, 10. Kapitel.

100 Dünner, S. 24.

101 Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 12; Brühwiler, Art. 324 Nr. 2; Schwein-gruber, Art. 324 Nr. 2; Rehbinder, S. 67; BGE 67 I 371; 33 II 413.

102 Dünner, S. 119.

5. Kapitel: Beginn und Ende des Annahmeverzugs

A. Beginn

I. Nichtannahme des Arbeitserfolges

1. Ungenügender Arbeitserfolg

Die Ausführungen auf S. 51 f. haben gezeigt, dass der Arbeitgeber durch die Nichtannahme des Arbeitserfolges grundsätzlich nicht in Gläubigerverzug kommt. Es besteht nämlich die Möglichkeit, dass das Arbeitsergebnis ungenügend war und der Arbeitgeber ein besseres Ergebnis wünscht. Des weiteren ist beachtlich, dass die Nichtannahme einer ungenügenden Arbeitsleistung weder den Arbeitgeber noch den Arbeitnehmer zur fristlosen Kündigung berechtigt¹.

2. Genügender Arbeitserfolg

Es stellt sich die Frage, ob die Qualität der Leistung die rechtliche Qualifikation der Nichtannahme verändert. Wenn dem so wäre, würde der Arbeitnehmer nicht die Zurverfügungstellung seiner Zeit, sondern einen bestimmten Arbeitserfolg versprechen. Hat aber der Arbeitnehmer seine versprochene Leistung, nämlich das Leisten von Arbeit in der Zeit, erbracht, kann es für den Beginn des Annahmeverzugs nicht erheblich sein, wie die Leistung geartet war. Also ist die Nichtannahme des Erfolges auch im Falle der genügenden Arbeitsleistung nicht mit dem Beginn des Gläubigerverzugs identisch.

II. Nichtangekündigte Nichtannahme der Arbeitsleistung

Bei der Grafik auf S. 21 ist dieser Fall in Punkt 2 gegeben. Der Arbeitnehmer findet sich am Arbeitsplatz ein, aber der Arbeitgeber lässt ihn nicht arbeiten. Mit der Nichtannahme der Leistung kommt der Arbeitgeber also in Gläubigerverzug. Dabei ist unbeachtlich, ob der Arbeitgeber die Nichtannahme ausdrücklich erklärt hat oder ob sie sich aus den Umständen (geschlossene Fabriktore) ergibt.

III. Angekündigte Nichtannahme der Arbeitsleistung

Hat der Arbeitgeber die Nichtannahme ab einem bestimmten Zeitpunkt im voraus angekündigt (Punkt 3 auf der Grafik auf S. 21) und der Arbeitnehmer seine

1 Schweingruber, Art. 337 Nr. 10; Brunner, Kündigung, S. 29 f.

Leistungsbereitschaft im dargelegten Sinne² kundgetan, beginnt der Annahmeverzug des Arbeitgebers mit dem ersten Tag der angekündigten Arbeitsaussetzung.

B. Ende

I. Normalfall

Die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers kann aus verschiedenen Gründen entfallen. Normalerweise wird der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wieder zur Arbeit auffordern und damit das Ende der Arbeitsbefreiung signalisieren. Auch ist der Arbeitnehmer verpflichtet, die Arbeit wieder aufzunehmen, sobald die einfachen Vorbereitungshandlungen vorgenommen worden sind.

II. Weitere Beendigungsgründe

1. Vertragsablauf bei befristeten Arbeitsverträgen

Auf jeden Fall endet der Annahmeverzug mit dem Ende der Vertragsdauer, wenn das Arbeitsverhältnis von vornherein befristet war³.

2. Ablauf der Kündigungsfrist

a) Bei Nichteinstellung

Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer trotz Arbeitsvertrag nicht in seine Arbeitsorganisation aufgenommen, d.h. nicht arbeiten lassen, so kommt er in Annahmeverzug. In diesem Fall wird angenommen, dass der Arbeitsvertrag auf den frühest möglichen Termin gekündigt wird⁴. Ist durch Abrede, NAV oder GAV nichts anderes bestimmt, beträgt die Kündigungsfrist 7 Tage auf Ende der Arbeitswoche (Art. 332 Abs. 1 i.V. mit Art. 334 Abs. 3 OR).

b) Ablauf der Kündigungsfrist

Dieser Beendigungsgrund des Annahmeverzugs war unter dem Regime der alten Fassung des 10. Titels des OR sehr häufig⁵. Mit der Revision von

² Vlg. oben, S. 54.

³ Nikisch, S. 249.

⁴ Unveröff. Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich vom 20.12.1977.

⁵ Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 6 u. 16; Lang, Art. 332 Nr. 1.

1971 unter der Aufnahme von Art. 337 c OR ins Gesetz, welcher die Rechtsfolgen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung regelt, ist dieser Beendigungsgrund jedoch in den Hintergrund getreten. Trotzdem lassen sich zwei Fälle denken, in denen der Annahmeverzug durch Ablauf der Kündigungsfrist beendet wird:

- aa) Der Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis wegen Fehlens eines wichtigen Grundes (Art. 337 Abs. 1 OR) nicht fristlos auflösen, möchte jedoch den Arbeitnehmer gleichwohl nicht mehr weiterbeschäftigen. In diesem Fall kann der Arbeitgeber zur normalen Kündigung greifen und sich vom Arbeitnehmer in Verzug setzen lassen. Er hat dann dem Arbeitnehmer den Lohn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiterzuzahlen. Der Arbeitnehmer ist von seiner Arbeitspflicht befreit⁶.
- bb) Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gekündigt und kommt er innerhalb der Kündigungsfrist mit der Annahme der Leistung in Verzug, endet der Verzug spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist.

3. Unmöglichkeit der Arbeitsleistung

Wie bereits oben⁷ gezeigt, hemmt die Unmöglichkeit der Leistung auf seiten des Schuldners die Entfaltung der Wirkungen des Annahmeverzuges. Das gilt auch, wenn sich der Gläubiger in Verzug befindet und die Leistungen des Schuldners plötzlich unmöglich werden. Auf das Arbeitsverhältnis bezogen bedeutet das, dass der Verzug unterbrochen oder beendet wird, wenn die Unmöglichkeit der Leistung auf seiten des Arbeitnehmers eingetreten ist. Dieser Fall tritt immer dann ein, wenn der Arbeitnehmer z.B. wegen Krankheit oder Erfüllung gesetzlicher Pflichten an der Arbeitsleistung verhindert ist.

Inwieweit dem Arbeitnehmer unter anderen Titeln trotzdem ein Teil oder das volle Entgelt zusteht, ist hier nicht zu prüfen. Wesentlich ist nur, dass diese anderen Leistungen dem Arbeitnehmer auch bei Annahmeverzug des Arbeitgebers zustehen, da Verzug das Arbeitsverhältnis nicht auflöst, und dass der Arbeitnehmer die Leistung aus in seiner Person liegenden oder von ihm zu vertretenden Gründen nicht erbringen kann. Damit ist eine Voraussetzung des Annahmeverzuges, die Möglichkeit der Leistung, entfallen.

6 GewGer ZH in ZR 49 (1950), Nr. 185.

7 Vgl. oben, S. 30.

6. Kapitel: Rechtsfolgen des Annahmeverzugs

A. Lohnfortzahlung

I. Allgemeines

Der Gesetzgeber hat bestimmt, dass der Arbeitgeber zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet ist, wenn er sich im Annahmeverzug befindet (Art. 324 Abs. 1, 2. HS). Damit behält der Arbeitnehmer seinen Anspruch nicht nur auf einen eventuellen Grundlohn, sondern auch auf weitere Vergütungen wie Provision, Anteil am Geschäftsergebnis oder Anteil der Gratifikation¹, vor allem aber auch seinen Anspruch auf den Naturallohn. Kann der Naturallohn nicht mehr in natura bezogen werden, so wird er in Geldlohn umgerechnet. Dem Arbeitnehmer steht dann dieser Betrag zu².

Die Rechtsfolge der Lohnfortzahlung bei nicht genügender Zuweisung von Akkordarbeit ist in Art. 326 Abs. 4 OR ebenfalls vorgesehen. Dort wird ausdrücklich auf die Regelung von Art. 324 OR verwiesen. Das hat zur Folge, dass der Akkordarbeiter in Bezug auf den Lohnanspruch im genannten Fall, der ungenügenden Arbeitszuweisung, dem Zeitlohnarbeiter gleichgestellt ist³.

Des weiteren ist auch der bei Annahmeverzug geschuldete Lohn gemäss den in Art. 323 b OR aufgestellten Regeln gesichert. Er unterliegt auch dem Konkursprivileg von Art. 219 SchKG.

II. Begriff "Lohn" im besonderen

Durch den Begriff "Lohn" hat der Gesetzgeber neben der Vergütungspflicht noch zwei weitere Rechtsfolgen gesetzt:

Erstens wird damit implizite gesagt, dass das Arbeitsverhältnis fort dauert, und zweitens kommt damit zum Ausdruck, dass die Leistung des Arbeitgebers während des Annahmeverzugs nicht Schadenersatz ist.

1. Fortdauer des Arbeitsverhältnisses

Mit der Statuierung der Lohnfortzahlungspflicht weicht der Gesetzgeber von der allgemeinen Vorschrift des Art. 95 OR ab und stellt den Arbeitnehmer in

1 GewGer BE in JbBE 42, Nr. 50.

2 GewGer BE in SJZ 34 (1937/38), S. 105; GewGer BE in AM 1938 IV, Nr. 78.

3 Brühwiler, Art. 326 Nr. 8; Rehbinder, S. 58; Schweingruber, Art. 326 Nr. 4.

eine bedeutend bessere rechtliche Position als den normalen Schuldner. Der Vertrag bleibt trotz Gläubigerverzug mit allen seinen Wirkungen weiterbestehen⁴. Weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer werden durch den Verzug von den Nebenpflichten befreit.

2. Verpflichtung zur Bezahlung von Lohn und nicht von Schadenersatz

Der Arbeitgeber hat den Lohn trotz der Nichtleistung der Arbeit zu bezahlen. Es wird also die Fiktion der Erfüllung des Arbeitsvertrages seitens des Arbeitnehmers aufgestellt. Zweck dieser Fiktion ist die Verbesserung der rechtlichen Stellung des Arbeitnehmers⁵.

a) Keine Herabsetzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens

Eine Herabsetzung des Lohnanspruches wegen Mitverschuldens kommt nicht in Betracht, weil es sich nicht um einen Schadenersatzanspruch, sondern um einen Lohnanspruch, also um einen Anspruch auf Entgelt handelt⁶. Somit steht dem Arbeitnehmer der Lohnanspruch praktisch in jedem Falle ungeschmälert zu. Eine Verrechnung der Ersatzforderung mit dem Lohn ist nur im Rahmen von Art. 323 b Abs. 2 OR zulässig⁷. Will der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Mitverschulden am Annahmeverzug anlasten, so ist er zur Geltendmachung seines Schadenersatzanspruches auf den normalen Weg über Art. 97 ff. OR verwiesen.

b) Kein Beweis des Schadens

Würde dem Arbeitnehmer im Falle des Annahmeverzugs des Arbeitgebers nur ein Schadenersatzanspruch zustehen, hätte er den Nachweis des Schadens zu erbringen⁸. Von diesem Nachweis wird er durch Art. 324 OR befreit.

4 Schweingruber, Art. 324 Nr. 5; BGE 78 II 442; BGer vom 24. Juni 1958 in ARV 1958, Nr. 56.

5 Amrein, S. 133.

6 GewGer ZH in ZR 62 (1963), Nr. 85; GewGer BE in SJZ 28 (1931/32), S. 118.

7 Brühwiler, Art. 323 b Nr. 9; Rehbindler, S. 69; Schweingruber, Art. 323 b Nr. 4.

8 Von Tuhr/Peter, Bd. I, S. 122; Oftinger, S. 175.

B. Anrechnung der ersparten Auslagen

Mit dieser Bestimmung in Art. 324 OR nähert der Gesetzgeber den Lohnanspruch dem Schadenersatzanspruch an. Die im Haftpflichtrecht⁹ geltende Regelung der Vorteilsanrechnung wird auf den Annahmeverzug des Arbeitgebers übertragen. Das entspricht der Schadenersatzfunktion der Lohnzahlungspflicht. Anzurechnen ist der Wert des Ersparten. Zwischen den ersparten Aufwendungen und der zu erbringenden Arbeitsleistung muss jedoch ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen, z.B. Kosten für die Fahrt zum Arbeitsplatz, Kosten für auswärtige Verpflegung¹⁰.

C. Anrechnung anderweitigen Arbeitserwerbs

Ebenfalls in Abs. 2 von Art. 324 OR wird festgelegt, dass sich der Arbeitnehmer auf den Lohn anrechnen lassen muss, was er durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Im Gegensatz zur Regelung der Vorteilsanrechnung birgt die Anrechnung des Zwischenverdienstes einige Probleme.

I. Gebot der Minderung des Schadens

Im Haftpflichtrecht gilt der Satz, dass dem Geschädigten Massnahmen zuzumuten sind, die ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Schadenersatz zu erwarten hätte. Man kann die solcher Art an den Geschädigten gestellten Ansinnen als Pflicht zur Minderung des Schadens bezeichnen¹¹.

Dem Arbeitnehmer sollen durch den Annahmeverzug keine finanziellen Vorteile erwachsen. Er soll nicht mehr erhalten, als er bei normaler Abwicklung des Arbeitsverhältnisses auch erhalten hätte¹². Die Idee der Schadensminderungspflicht und Vorteilsanrechnung stand wohl auch der in Frage stehenden Regel des Arbeitsrechts Pate. Das ist ein weiterer Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber der Entrichtung des Lohnes bei Annahmeverzug im wesentlichen die

9 Von Tuhr/Peter, Bd. I, S. 104-106; Oftinger, S. 178-180.

10 Brühwiler, Art. 324 Nr. 5; Schaub, S. 505; Amrein, S. 156.

11 Oftinger, S. 267.

12 Schaub, S. 504.

Funktion des Schadenersatzes zukommen lassen wollte, ohne aber die Nachteile dieser Form des Ersatzes dem Arbeitnehmer aufzuerlegen¹³.

II. Zwischenverdienst

1. Begriff

Als Zwischenverdienst wird derjenige Lohn bezeichnet, den der Arbeitnehmer infolge und während des Annahmeverzugs des Arbeitgebers an einer andern Arbeitsstelle verdient. Die gesetzliche Verpflichtung zum Zwischenverdienst bezweckt die Schadensminderung des Arbeitgebers. Ebenfalls auf den Lohn angerechnet wird ein Erwerb, wenn dem Arbeitnehmer die Annahme einer Arbeit zumutbar war und er dies absichtlich unterlässt¹⁴. Nicht zum anrechenbaren Zwischenverdienst gehören diejenigen entgeltlichen Arbeitsleistungen, die der Arbeitnehmer auch neben der normalen Arbeit vornahm¹⁵.

2. Zumutbarkeit

Die Annahme eines Zwischenverdienstes muss dem Arbeitnehmer zumutbar sein¹⁶. Die Kriterien der Zumutbarkeit können nicht eindeutig festgelegt werden. Trotzdem soll versucht werden, die möglichen Kriterien näher zu beleuchten.

a) In sachlicher Hinsicht

Das Obergericht Zürich¹⁷ führte dazu aus, dass die Annahme einer Arbeit nur insoweit zumutbar sei, als sie den Kenntnissen und der sozialen Stellung des Arbeitnehmers entspreche. Die im selben Urteil geäußerte Ansicht, dass die Uebernahme temporärer Arbeit eine soziale Deklassierung und unzumutbar sei, mag für den beurteilten Sachverhalt zutreffen, ist aber als Grundsatz abzulehnen. Die Formulierung des Obergerichts ist noch aus einem andern Grund fragwürdig: Die Zumutbarkeit von Temporärarbeit scheiterte nicht an der sozialen Deklassierung, sondern vielmehr an der potentiellen Einsatzmöglichkeit eines höheren

13 Rehbinders, S. 63; Vischer, S. 421; Amrein, S. 162-167.

14 Rehbinders, S. 63.

15 Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 19; Becker, Art. 332 Nr. 12.

16 Brühwiler, Art. 337 c Nr. 7; Rehbinders, S. 63; Vischer, S. 383.

17 Obergericht des Kantons Zürich in ZR 72 (1973), Nr. 54.

Angestellten. Handwerker, kaufmännische Angestellte usw. können ihre Arbeit unabhängig von einer bestimmten Unternehmung oder von einem bestimmten Betrieb ausführen. Sie sind imstande, auch in einem kurzfristigen Arbeitseinsatz die volle Arbeitsleistung zu erbringen. Die sinnvolle Tätigkeit leitender Angestellter hingegen setzt oft eine bestimmte Branche und vor allem einen längeren Einsatz voraus. Nur unter diesen Umständen können leitende Angestellte eine ihren Kenntnissen entsprechende Stellung finden. Die Zumutbarkeit der Uebernahme von Temporärarbeit scheitert also im Falle leitender Angestellter nicht an der sozialen Deklassierung, sondern an der schlechten Eignung dieser Art von Arbeit für Temporärarbeit.

Sachlich zumutbar ist eine Arbeit immer dann, wenn sie nicht geringerwertig ist und der Lohnunterschied zur regulären Arbeit nicht allzugross ist.

b) In lokaler Hinsicht

Da der Arbeitnehmer in den meisten Fällen des Annahmeverzugs über dessen Dauer nicht informiert ist, kann ihm auch nicht zugemutet werden, sich über seinen momentanen Wohn- oder Arbeitsort hinaus um einen Zwischenverdienst zu bemühen¹⁸.

c) In zeitlicher Hinsicht

Weil der Arbeitnehmer über die Dauer des Annahmeverzugs keine Klarheit hat, kann er sicher auch keine länger dauernde Arbeit annehmen. Welcher Arbeitgeber wird schon, ausser in gewissen Extremsituationen, mit einem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag schliessen in der Gewissheit, dass, obwohl unbefristet abgeschlossen, dieser mit grosser Wahrscheinlichkeit nur von kurzer Dauer sein wird. Vom Zeitmoment her betrachtet ist die Anmeldung bei einer Organisation für Temporärarbeit und die damit verbundene Möglichkeit der Arbeitsleistung wohl die einzige zumutbare Handlung, die vom Arbeitnehmer im Hinblick auf das Erfordernis des anderweitigen Arbeitserwerbs gefordert werden kann.

18 Schweingruber, Art. 337 c Nr. 3.

3. Absichtliche Unterlassung

a) Anrechnung

Die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers entfällt in dem Umfange, in dem der Arbeitnehmer in Kenntnis der objektiven Umstände eine anderweitige Erwerbsmöglichkeit ablehnt, obwohl sie ihm zugemutet werden kann¹⁹. Das heisst nichts anderes, als dass der Arbeitnehmer aktiv nach einer neuen Stelle suchen muss und nicht einfach untätig auf das Ende des Annahmeverzugs warten darf²⁰. Es wird vom Arbeitnehmer verlangt, dass er sich um eine Ersatzstelle bemüht. Diese Bemühungen werden darin bestehen müssen, dass er sich z.B. bei einer Organisation für Temporärarbeit meldet, und vor allem, dass er auf zumutbare Angebote reagiert. Es ist dem Arbeitnehmer zu empfehlen, von sich aus den Begriff der Zumutbarkeit nicht allzu eng zu interpretieren, also auch auf Angebote zu reagieren, die nach seiner Ansicht an der Grenze der Zumutbarkeit liegen, um seinen guten Willen zu zeigen.

b) Beweislast im Prozess

Das Bundesgericht²¹ verlangt vom Arbeitgeber den Beweis, dass im betreffenden Beruf allgemeine Nachfrage nach Arbeitskräften bestand, der Entlassene (im Falle von Art. 337 c Abs. 2 OR) folglich bei gutem Willen sehr wahrscheinlich eine andere, ungefähr gleichwertige Stellung hätte finden können.

c) Unterschied zwischen Art. 324 Abs. 2 und Art. 337 c Abs. 2 OR

Im Anschluss an die beiden in FN 21 erwähnten Urteile des BGer ist aber auf zwei wichtige Unterschiede zwischen Art. 324 Abs. 2 und Art. 337 c Abs. 2 OR hinzuweisen. Obwohl beide Absätze identisch formuliert sind, besteht sowohl ein rechtlicher als auch ein tatsächlicher Unterschied. Diesem Unterschied wird im Schrifttum und in der Judikatur zu wenig Beachtung geschenkt.

aa) Rechtlicher Unterschied

Befindet sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug, läuft das Arbeitsverhältnis ganz normal weiter, es ist weder in Kündigung noch sonst in einem

19 Reh binder, S. 63.

20 Brühwiler, Art. 337 c Nr. 7; Vischer, S. 334.

21 BGE 78 II 444 und 96 II 57.

Stadium der Beendigung. Vielmehr bestimmt die Lehre, in Anlehnung an die allgemeine Regelung des Annahmeverzugs (Art. 95 OR), dass sich der Arbeitnehmer jederzeit zur Wiederaufnahme der Arbeit bereithalten muss. Findet aber der Arbeitnehmer eine Zwischenbeschäftigung, so bestehen zwei Arbeitsverhältnisse gleichrangig nebeneinander²². Hat hingegen der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer eine fristlose Kündigung ausgesprochen und ist diese ungültig, so befindet sich das Arbeitsverhältnis in Kündigung²³. Während der Kündigungsfrist wird der Arbeitnehmer oft von seiner Arbeitspflicht befreit. Es ist ihm durchaus zuzumuten, bereits während dieser Zeit eine neue Stellung zu suchen. Dies umso mehr, als er nach Ablauf der Kündigungsfrist auf jeden Fall eine neue Stelle antreten muss.

In diesen Fällen²⁴ drängt sich eine Erleichterung für den Nachweis der Arbeitsmöglichkeit im Sinne der zitierten Entscheide auf.

bb) Tatsächlicher Unterschied

Wie bereits oben²⁵ erwähnt, wird ein Zwischenarbeitsvertrag, obwohl unbefristet eingegangen, meist nur von kurzer Dauer sein. Solange dem Arbeitnehmer keine Klarheit über die Dauer des Verzugs des Arbeitgebers gegeben ist, kann er auch nicht einen kurzen, befristeten Arbeitsvertrag eingehen. Auf jeden Fall ist dem Arbeitnehmer in dieser Situation mit einer "festen Stelle" nicht gedient.

Ganz anders ist die Situation hingegen bei demjenigen Arbeitnehmer, der zu Unrecht fristlos entlassen wurde. Seine neue Stelle muss nicht derart vielen Voraussetzungen genügen wie die Zwischenarbeitsstelle. Ihm ist mit einer neuen "festen Stelle" gedient.

4. Zwischenarbeitsvertrag

Ist es dem Arbeitnehmer gelungen, trotz dieser vielen Schwierigkeiten einen Zwischenarbeitsvertrag einzugehen, hat er dem Gebot des Gesetzgebers bestmöglichst entsprochen. Demjenigen, der sich näher mit den beiden nun bestehenden Arbeitsverträgen auseinandersetzt, werden jedoch damit die Prob-

22 Vgl. S. 68 - 71.

23 Brühwiler, Art. 337c Nr. 2; Rehbinder, s. 105; Schweingruber, Art. 337c Nr. 2.

24 Vgl. oben FN 21.

25 Vgl. oben, S. 66.

leme nicht geringer, im Gegenteil. Vor allem das Verhältnis zwischen dem Zwischenarbeitsvertrag und dem "alten" Arbeitsvertrag ist weitgehend ungeklärt²⁶.

a) Zustandekommen

Der Zwischenarbeitsvertrag entsteht wie jeder andere Arbeitsvertrag durch gegenseitige übereinstimmende Willenserklärung zweier handlungsfähiger Personen (Art. 1 OR), in diesem Falle von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Auch hier können Abschluss des Vertrages und Beginn der Arbeitsleistung zeitlich auseinanderfallen. Der Zeitpunkt des Beginns der Arbeitsleistung wird vom Vertrag vorbestimmt.

aa) Culpa in contrahendo

Vertragsverhandlungen sind rechtlich nicht bedeutungslos. Die Parteien sind gehalten, sich in diesem Stadium des Vertragsabschlusses nach Treu und Glauben zu verhalten²⁷. Insbesondere entsteht mit Beginn der Vertragsverhandlungen für die Parteien die Pflicht, einander in gewissem Masse Aufklärung über Tatsachen zu geben, welche für den Entschluss des Kontrahenten von ausschlaggebender Bedeutung sind. Daraus ergibt sich, dass der stellensuchende Arbeitnehmer auf den Umstand hinzuweisen hat, dass er nur einen Zwischenarbeitsvertrag schliessen will, dessen Dauer von der Dauer des Annahmeverzugs abhängig ist. Weist der Arbeitnehmer in den Vertragsverhandlungen für den Zwischenarbeitsvertrag nicht auf diese besondere Situation hin, liegt eine culpa in contrahendo vor. Wird durch dieses Verhalten der Arbeitgeber geschädigt, kann er gegen den Arbeitnehmer wie bei einer Vertragsverletzung vorgehen²⁸.

b) Inhalt des Zwischenarbeitsvertrages

Es ist hier vorweg darauf hinzuweisen, dass die Probleme der Beendigung des Zwischenarbeitsvertrages, obwohl eigentlich auch zum Vertragsinhalt gehörend, infolge ihrer Komplexität in einem besonderen Abschnitt²⁹ behandelt werden. Der Arbeitnehmer ist wie in jedem andern Arbeitsverhältnis zur Leistung von Arbeit und Treue verpflichtet, der Arbeitgeber zur Lohnzahlung und zur Fürsorge. Sind gewisse Fürsorgeleistungen an eine bestimmte Dauer des Arbeitsverhältnisses geknüpft (z.B. Art. 324 a

26 Amrein, S. 175-177.

27 Von Tuhr/Peter, Bd. I, S. 192; Guhl/Merz/Kummer, S. 92.

28 Von Tuhr/Peter, Bd. I, S. 193.

29 Vgl. unten, S. 70.

und 329 a OR), entsteht der Anspruch darauf selbstverständlich nur, wenn das Arbeitsverhältnis tatsächlich solange gedauert hat oder wenn es für eine bestimmte Dauer (3 Monate) eingegangen wurde.

c) Möglichkeiten der Beendigung des Zwischenarbeitsvertrages

aa) Durch Wegbedingung der Kündigungsfrist

Da der Zwischenarbeitsvertrag ein Dauerschuldverhältnis ist, untersteht er bezüglich seiner Beendigung auch den diesbezüglichen Besonderheiten. Für den Arbeitsvertrag bestimmt das Gesetz erstens, dass keine verschiedenen Kündigungsfristen festgesetzt werden dürfen (Art. 336 Abs. 2 OR), und zweitens werden bestimmte Kündigungsfristen gesetzlich festgelegt, von denen jedoch unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen werden kann (Art. 336-336 d OR). So kann die Kündigungsfrist im unterjährigen Dienstverhältnis praktisch wegbedungen werden, wenn das von beiden Parteien so bestimmt wird³⁰.

bb) Durch resolutive Bedingung

Grundsätzlich sind befristete Arbeitsverträge zulässig³¹. Des weitern ist der Arbeitsvertrag nicht bedingungsfeindlich³². Es ist daher möglich, einen Arbeitsvertrag mittels einer Resolutivbedingung zu befristen. Die Dauer der Befristung ist dann durch eine in der Zukunft liegende ungewisse Tatsache bestimmt. Da das Ende des Annahmeverzugs vom Standpunkt der Parteien des Zwischenarbeitsvertrages eine kasuelle und keine potestative Bedingung ist und sich zudem nie zuungunsten des Arbeitnehmers auswirken kann³³, ist vom Standpunkt des Arbeitnehmerschutzes sowohl betreffend der Befristung³⁴ als auch der Bedingung nichts einzuwenden.

Haben die Parteien des Zwischenarbeitsvertrages die Kündigungsfrist nicht wegbedungen, obwohl beiden Parteien - vor allem dem Arbeitgeber - bekannt war, dass der Vertrag lediglich ein Zwischenarbeitsvertrag sein wird, so muss die Resolutivbedingung als stillschweigend vereinbart gelten³⁵. Die Annahme der stillschweigenden Vereinbarung ist aus Gründen

30 Isele, S. 120.

31 Meyer, S. 29.

32 Von Tuhr/Escher, Bd. II, S. 270.

33 Zöllner, S. 176; Schaub, S. 159.

34 Meyer, S. 43.

35 Von Tuhr/Escher, Bd. II, S. 256.

des Arbeitnehmerschutzes erforderlich. Würde nämlich der Zwischenarbeitsvertrag nicht mit Ende des Annahmeverzugs ebenfalls beendet, käme der Arbeitnehmer bezüglich des "alten" Arbeitsvertrages in Leistungsverzug und hätte die daraus entstehenden nachteiligen Folgen zu tragen. Eine solche Gefährdung der Interessen des Arbeitnehmers kann nicht der Sinn der gesetzlichen Regelung sein.

5. Verhältnis zwischen dem bestehenden und dem Zwischenarbeitsvertrag

Das eigentliche Problem besteht darin, dass der bestehende Arbeitsvertrag grundsätzlich alle seine Wirkungen auch während des Annahmeverzugs entfaltet³⁶. Einzig die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers muss nicht erbracht werden. Geht jetzt der freigestellte Arbeitnehmer einen Zwischenarbeitsvertrag ein, so entfaltet dieser natürlich ebenfalls seine Wirkungen. Nun hat der Arbeitnehmer also gegenüber zwei verschiedenen Arbeitgebern die Treuepflicht, erhält aber auch von beiden die Fürsorge³⁷. Es leuchtet ein, dass sich aus dieser Situation Friktionen ergeben können.

a) Verhältnis der Treuepflichten

Da die Arbeit nur beim Zwischenarbeitgeber geleistet wird, sind diejenigen Komponenten der Treuepflicht, die mit der Arbeitsleistungspflicht in direktem Zusammenhang stehen, nur dem Zwischenarbeitgeber geschuldet. Das betrifft z.B. die Verpflichtung, Ueberstunden zu leisten (Art. 321 c OR), die Befolgung der Anordnungen und Weisungen (Art. 321 d OR) und die Rechenschafts- und Herausgabepflicht (Art. 321 b OR). Auch im Zwischenarbeitsverhältnis muss die Arbeit sorgfältig geleistet werden (Art. 321 a Abs. 1 OR), ebenso wirkt das Verbot der Schwarzarbeit (Art. 321 a Abs. 3 OR) gegenüber dem Zwischenarbeitgeber³⁸.

Beiden Arbeitgebern gegenüber ist der Arbeitnehmer vor allem zur Geheimhaltung der Geschäftsgeheimnisse usw. verpflichtet (Art. 321 a Abs. 4 OR).

Aus dieser Aufzählung geht hervor, dass der Anspruch auf die Treueleistung des Arbeitnehmers weitgehend auf den Zwischenarbeitgeber übergeht. Dessen ungeachtet wird es aber der Richter sein, der im Streitfalle die Abgrenzung vorzunehmen hat.

³⁶ Schweingruber, Art. 324 Nr. 5.

³⁷ Isele, S. 120.

³⁸ Ebd., S. 120.

b) Verhältnis der Fürsorgepflichten

Ganz ähnlich wie bei der Treupflicht verhält es sich bei der Fürsorgepflicht. Hier besteht allerdings der Unterschied, dass dem Arbeitnehmer von beiden Arbeitgebern ein Lohn geschuldet wird. Der Zwischenarbeitgeber schuldet den vereinbarten Lohn und der "alte" Arbeitgeber schuldet die Differenz der beiden Löhne, sofern der Zwischenlohn kleiner ist als der Normallohn. Damit haben beide Arbeitgeber die mit der Auszahlung des Lohnes verbundenen Fürsorgepflichten zu erfüllen. Das sind alle mit der Entstehung, Kontrolle und Auszahlung des Lohnes verbundenen Vorschriften der Art. 322-323 b OR und Art. 325-326 a OR. Den Zwischenarbeitgeber treffen dann zusätzlich noch die Pflichten der Materialbereitstellung (Art. 327 OR) und des Arbeitnehmerschutzes im Betrieb (Art. 328 OR).

Dauert der Zwischenarbeitsvertrag länger als drei Monate, ist der Zwischenarbeitgeber auch zur Gewährung von Ferien (Art. 329 a OR) und zur Lohnfortzahlung bei Krankheit (Art. 324 a OR) verpflichtet. Bezüglich der Ferien ist anzunehmen, dass der Arbeitnehmer den Ferienanspruch gegenüber dem "alten" Arbeitgeber in dem Masse verliert, in dem er während des Zwischenarbeitsverhältnisses Ferien bezogen hat. Die Lohnfortzahlung bei Krankheit wird ihm ebenfalls gegenüber beiden Arbeitgebern im Verhältnis der Länge der Anstellungsdauer zustehen. Noch mehr als bei der Abgrenzung der Treuepflichten gilt hier, dass eine angemessene Lösung für den Einzelfall immer wieder neu gesucht werden muss.

6. Kritik an der geltenden gesetzlichen Regelung

Die Ausführungen zum Gebot der Zwischenarbeit haben gezeigt, dass dessen Verwirklichung mit einigen Schwierigkeiten verbunden ist. Ist einmal eine zumutbare Arbeit gefunden, bestehen zwei Arbeitsverträge nebeneinander mit allen ihren Wirkungen. Es verwundert daher nicht, dass in der Praxis praktisch keine Fälle bekannt sind, die sich mit dem Zwischenarbeitsverhältnis im Sinne von Art. 324 Abs. 2 OR befassen. Unter dem alten Regime, also vor dem Jahre 1972, mag die Regelung von Art. 332 OR den Gegebenheiten entsprochen haben, da die Praxis mit diesem Artikel auch die Fälle der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung regelte.

Nun hat der Gesetzgeber in Art. 337 c OR für diesen Sachverhalt eine eigene Regelung geschaffen. In Anwendung dieses Artikels sind auch die Urteile über

den Zwischenarbeitsvertrag ausschliesslich ergangen. Wie oben³⁹ gezeigt, besteht jedoch das Arbeitsverhältnis bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung nur noch rechtlich bis zum Ende der Kündigungsfrist, faktisch ist es beendet. Der Arbeitnehmer kann für die Zukunft, nicht nur für eine kurze unbekannte Zeitspanne, eine neue Arbeitsstelle suchen. Das ist der entscheidende Unterschied zwischen den beiden gleichlautenden Absätzen 2 der Art. 324 und 337 c OR.

Dadurch, dass der Gesetzgeber Art. 337 c OR geschaffen hat, verlor die Regelung des Annahmeverzugs des Arbeitgebers bereits an Bedeutung, weit mehr an Bedeutung hat aber der Abs. 2 von Art. 324 OR verloren.

D. Wegfall der Nachleistungspflicht

I. Grundsatz

Grundsätzlich bleibt der Schuldner auch nach Eintritt des Gläubigerverzugs zur Erfüllung verpflichtet⁴⁰. Nur seine Rechtsstellung verbessert sich. Es wird ihm die Möglichkeit verschafft, sich durch andere Mittel von seiner Schuldpflicht zu befreien (Art. 92-94 OR). Die geschilderte Regelung erfährt in Art. 95 OR bereits eine Durchbrechung. Ist eine andere als eine Sachleistung geschuldet, steht dem Schuldner beim Verzug des Gläubigers gemäss Art. 107 OR der Rücktritt offen. Um vom Vertrag zurücktreten zu können, muss der Schuldner genau das gleiche Verfahren durchführen, wie der Gläubiger beim Schuldnerverzug.

II. Arbeitsrechtliche Regelung

Eine dritte Möglichkeit, die Leistungspflicht des Schuldners beim Gläubigerverzug zu regeln, hat der Gesetzgeber im Arbeitsrecht vorgesehen: Der Arbeitnehmer wird kraft Gesetzes gänzlich von der Nachleistung befreit (Art. 324 Abs. 1 OR). Diese gesetzliche Regelung enthebt die Praxis von der schwierigen Frage nach dem Umfang der Nachleistungspflicht. Eine solche ist aufgrund der gesetzlichen Arbeits- und Ueberzeitregelung durchaus nicht ausgeschlossen (Art. 11 und 12 ArG) und würde innerhalb des gesetzlichen Rahmens sicher auch nicht eine unzumutbare Mehrbelastung des Arbeitnehmers bedeuten. Als Begründung für den Wegfall der Nachleistungspflicht wird der Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung angeführt⁴¹. Der Fixschuldcharakter ergibt sich daraus,

³⁹ Vgl. oben, S. 67 f.

⁴⁰ Von Tuhr/Escher, Bd. II, S. 73; Guhl/Merz/Kummer, S. 228 ff.

⁴¹ Miescher, S. 14; Schaub, S. 199; Nikisch, S. 246.

dass eine Arbeitsleistung nicht wie eine Sachleistung hinterlegt werden kann, weil sie fortlaufend mit dem Zeitablauf zu erbringen ist. Auch der in Art. 95 OR vorgesehene Rücktritt vermag die einmal verflossene Zeit nicht zurückzuholen. Jede untätig verstrichene Arbeitsstunde ist eben endgültig verloren und kann nicht mehr verwendet werden⁴².

Es ist zuzugeben, dass eine einmal verstrichene Arbeitsstunde nicht mehr zurückgeholt werden kann. Es ist aber doch möglich, dass die Leistung, die während diesen Stunden nicht erbracht werden konnte, zusätzlich zur normalen Leistung, also als unbezahlte Ueberstunden, erbracht werden könnte, wenigstens solange, als der Annahmeverzug 10 Stunden nicht übersteigt. Eine gewisse Lockerung der Bestimmung, dass die verlorene Arbeitszeit nicht nachgeholt werden muss, stünde in einem gerechten Verhältnis zu den nachteiligen Rechtsfolgen, die der Annahmeverzug für den Arbeitgeber hat.

Allein, der Gesetzgeber hat anders entschieden und die Arbeit muss nicht nachgeleistet werden.

E. Abgrenzung zwischen Art. 95 und Art. 324 OR

I. Meinung der Lehre und Rechtsprechung

Wie bereits erwähnt, kann der Schuldner bei Verzug des Gläubigers gemäss Art. 95 OR vom Vertrag zurücktreten, sofern es sich um eine andere Leistung als eine Sachleistung handelt. Bekanntlich sieht aber Art. 324 OR andere Rechtsfolgen als den Rücktritt vom Vertrag vor.

Das BGer hat im Urteil vom 24. Juni 1958⁴³ in Anlehnung an Oser/Schönenberger⁴⁴ entschieden, dass Art. 332 OR den Annahmeverzug nicht abschliessend regle. Diese Regelung diene nur dazu, dem Arbeitnehmer den Nachweis des Schadens zu erleichtern und ihm das Konkursprivileg von Art. 219 SchKG zu sichern. Es sei dem Arbeitgeber daneben aber freigestellt, gemäss Art. 95 OR vorzugehen und sich nach Art. 107 OR vom Vertrag zu lösen. Diese Meinung wird ebenfalls von Vischer⁴⁵ und von Gauch⁴⁶ vertreten.

42 Miescher, S. 14.

43 ARV 1958, Nr. 56.

44 Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 22.

45 Vischer, S. 383.

46 Gauch, S. 171.

II. Kritik dieser Meinung

Zu Oser/Schönenberger ist zu bemerken, dass sie den Rücktritt vom Vertrag nur dann als zulässig erachten, wenn in der zeitweiligen Verweigerung der Annahme der Leistung auch eine Ablehnung späterer Dienste liegt⁴⁷. Nur in diesem Falle, der praktisch der fristlosen Kündigung gleichkommt, soll dem Arbeitnehmer gestattet sein, sich gemäss Art. 95 OR vom Vertrag zu lösen. Das hat seinen guten Grund: Der Arbeitnehmer soll nicht in der Ungewissheit der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung verharren müssen, sondern er soll durch eigenes Handeln seine Position klären können. Die Ansicht des BGer sowie von Vischer und Gauch ist jedoch nicht wegen der unzutreffenden Abstützung auf Oser/ Schönenberger abzulehnen. Wie bereits ausgeführt⁴⁸, bedarf die Anwendung der allgemeinen Lehren im Arbeitsvertragsrecht immer einer speziellen Prüfung. Insbesondere ist eine derartige Prüfung unerlässlich, wenn die arbeitsrechtliche Regelung das Synallagma durchbricht. Das ist in der Regelung von Art. 324 OR der Fall, wo der Arbeitnehmer trotz der Nichtleistung von Arbeit seinen Lohn erhält. Diese Regelung hat nicht nur den Sinn, den Arbeitnehmer zu schützen, sondern sie garantiert dem Arbeitgeber, dass er am Ende des Verzugs wieder auf seine Stammebelegschaft zählen kann. Das ist sein Interesse an der gesetzlichen Verpflichtung, den Arbeitnehmern während der Dauer des Verzugs den Lohn zu zahlen. Im Sinne des Arbeitsvertragsrechts⁴⁹ ist dem Arbeitgeber dieser Interessenausgleich zu gewähren und dem Arbeitnehmer ein Vorgehen nach Art. 95 OR, das praktisch einer Kündigung auf "angemessene Frist"⁵⁰ gleichkommt, zu verwehren. Will er sich vom Arbeitsverhältnis lösen, so muss er dies über den Weg der ordentlichen Kündigung tun.

47 Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 22.

48 Vgl. oben, S. 23 f.

49 BBl. 1967 II, S. 276.

50 Vgl. Art. 107 Abs. 1 OR:

Wenn sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzug befindet, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen.

7. Kapitel: Fristlose Kündigung wegen Annahmeverzugs

A. Voraussetzungen der fristlosen Kündigung

Das Gesetz nennt in Art. 337 OR als wesentlichste Voraussetzung der fristlosen Kündigung das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Als wichtiger Grund gelten diejenigen Tatsachen oder Umstände, bei deren Vorhandensein eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Bei der Bestimmung des wichtigen Grundes müssen sämtliche Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden. Vor allem muss geprüft werden, ob den Parteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann¹. Der Gesichtspunkt der Zumutbarkeit ist von entscheidender Bedeutung, da der wichtige Grund nicht davon getrennt werden kann. Als wichtiger Grund gilt eine schwerwiegende oder nach erfolgter Ermahnung leichtere schuldhaftige Verletzung der vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten in der Person oder im Verhalten dessen, dem gekündigt wird².

B. Der Annahmeverzug des Arbeitgebers gilt nicht als wichtiger Grund

Weder in der Literatur³ noch in der Rechtsprechung gilt der Annahmeverzug des Arbeitgebers als wichtiger Grund, der zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigt. Das BIGA⁴ hat das Vorliegen eines wichtigen Grundes bei Annahme des Arbeitgebers ebenfalls verneint. Auch wenn in Rechnung gestellt wird, dass diese Nichtanerkennung des wichtigen Grundes eher die fristlose Kündigung des Arbeitgebers betrifft, ist nicht einzusehen, warum sich der Arbeitnehmer auf diesen Grund berufen dürfte. Solange der Lohn auch während der Dauer des Annahmeverzugs garantiert ist und keine anderen Gründe eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen, kann sich der Arbeitnehmer nicht auf diese Art und Weise vom Arbeitsvertrag lösen.

1 Brunner, Kündigung, S. 26.

2 Ebd., S. 29.

3 Rehbinden, S. 102; Schweingruber, Art. 337 Nr. 11; Brunner, Kündigung, S. 30.

4 ARV 1974, Nr. 12.

8. Kapitel: Verhältnis zwischen Annahmeverzug und Arbeitslosigkeit

A. Grundlage des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung

Ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht nur, wenn der Versicherte einen anrechenbaren Verdienstausschlag erlitten hat (Art. 24 Abs. 2 lit. c AIVG)¹. Ein anrechenbarer Verdienstausschlag liegt jedoch nicht vor, solange dem Arbeitnehmer Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber aus Dienstvertrag zustehen. Deshalb erklärt Art. 28 Abs. 1 AIVG², dass der Verdienstausschlag für die Dauer der Ansprüche gegen den Arbeitgeber nicht anrechenbar ist.

Damit soll vermieden werden, dass die Arbeitslosenversicherung für Leistungen aufkommt, auf die der Versicherte einen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber besitzt³.

Sind die Kassen über das Bestehen eines zivilrechtlichen Anspruchs im Zweifel, so sind sie von Gesetzes wegen ermächtigt, Arbeitslosenentschädigung auszu zahlen (Art. 28 Abs. 2 AIVG)⁴. Machen sie von dieser Ermächtigung Gebrauch, so subrogieren sie in die Ansprüche des Versicherten gegenüber dem Arbeitgeber. Schweingruber⁵ mahnt aber die Kassen, von dieser Ermächtigung nur spärlich Gebrauch zu machen, da in Prozessen zwischen den Kassen und dem Arbeitgeber schwerlich Lorbeeren zu holen seien. Er empfiehlt den Kassen, von Anfang an entschlossen zu verfügen: wir zahlen oder wir zahlen nicht.

Grundlage für die Feststellung, ob dem Arbeitnehmer ein Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber zusteht oder nicht, ist Art. 324 OR. Nach den bisherigen Ergebnissen dieser Arbeit liegt Annahmeverzug des Arbeitgebers immer dann vor, wenn er die Arbeitsleistung nicht annehmen will oder wenn er die einfachen Vorbereitungshandlungen nicht vornimmt. Zudem wird Art. 324 OR analog auch auf die vom Arbeitgeber verschuldete Unmöglichkeit angewendet. Inwieweit der Arbeitgeber auch aus objektiv unverschuldeter Unmöglichkeit dem Arbeitnehmer den Lohn weiterbezahlen muss, ist eine Frage der Betriebsrisikolehre⁶.

1 BG über die Arbeitslosenversicherung (AIVG) vom 22. Juni 1951 (SR 837.1).

2 Fassung gemäss BB über die Massnahmen auf dem Gebiet der Arbeitslosenversicherung und des Arbeitsmarktes zur Bekämpfung von Beschäftigungs- und Einkommenseinbrüchen vom 20. Juni 1975 (SR 838.10).

3 Schweingruber, in ARV 1954, S. 133.

4 Vgl. FN 2.

5 Schweingruber, in ARV 1954, S. 136.

6 Vgl. unten, 10. Kapitel.

Hier ist vorwegzunehmen, dass der Arbeitgeber auch im Falle des Betriebsrisikos dem Arbeitnehmer aufgrund von Art. 119 Abs. 3 OR den Lohn bezahlen muss. Somit könnte sich die Arbeitslosenversicherung praktisch bei jedem Betriebsunterbruch auf Art. 28 Abs. 1 AIVG⁷ berufen und die Anspruchsberechtigung verneinen. Eine derart rigorose Anwendung der erwähnten Norm des AIVG würde aber grosse Härten für den Arbeitnehmer mit sich bringen, weshalb das EVG in konstanter Praxis zwischen den betrieblichen und den wirtschaftlichen Ursachen der Nichtbeschäftigung unterscheidet.

B. Praxis des Eidg. Versicherungsgerichtes

I. Betriebliche Ursachen der Nichtbeschäftigung

Liegt die Ursache der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung im Betrieb⁸, also z.B. bei Maschinenschaden, Rohstoffmangel oder Stromunterbruch, wendet die Praxis⁹ konsequent den Art. 28 Abs 1 AIVG¹⁰ an. In Anwendung dieses Grundsatzes hat das EVG¹¹ entschieden, dass ein Verdienstaussfall wegen Materialmangels nicht angerechnet werden kann, sofern der Arbeitgeber den Mangel mit normalen organisatorischen Mitteln hätte vermeiden können.

In einem weiteren Fall aus dem Jahre 1960¹² hatte das EVG zu beurteilen, ob der Verdienstaussfall wegen eines Umbaus der Heizungsanlage zum Bezug von Arbeitslosengeld berechtigt.

Auch hier erkannte das Gericht, dass es Sache des Versicherten sei, seine Lohnforderung gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen, da der Betriebsunterbruch vermeidbar gewesen wäre. Verzichtet der Arbeitnehmer auf die Geltendmachung seines Anspruches, so steht ihm kein Anrecht auf Arbeitslosenentschädigung zu.

II. Konjunkturelle Ursachen der Nichtbeschäftigung

1. Grundsatz

Anlässlich der Abgrenzung zwischen der möglichen und unmöglichen Leistung sowie dem Verzug ergab sich, dass Annahmeverzug dann vorliegt, wenn der

7 Vgl. FN 2.

8 Vgl. unten, S. 84 f.

9 EVG in ARV 1962, Nr. 26, 37, 48; EVG in ARV 1965, Nr. 35; EVG in ARV 1968, Nr. 16.

10 Vgl. FN 2.

11 EVG in ARV 1960, Nr. 12.

12 EVG in ARV 1960, Nr. 68.

Arbeitgeber die einfachen Vorbereitungshandlungen nicht vornimmt und wenn er eine an sich mögliche Leistung nicht annehmen will¹³. Der zweite Fall liegt immer dann vor, wenn der Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Gründen, z.B. wegen Auftrags- oder Absatzmangels, Kurzarbeit anordnen oder den Betrieb einstweilen einstellen muss. Widersetzen sich die Arbeitnehmer diesen Massnahmen, indem sie dem Arbeitgeber ihre Leistung anbieten, kommt dieser im wörtlichen Sinne von Art. 324 OR in Verzug.

Die Erfahrung lehrt uns jedoch, dass die Arbeitnehmer in solchen Fällen stillschweigend den Massnahmen des Arbeitgebers zustimmen. Sie tun dies aus der vernünftigen Einsicht in die Verhältnisse und keineswegs leichtsinnig oder schuldhaft¹⁴. Würden sie auf Beschäftigung beharren, riskierten sie die Kündigung, und das in einem für sie ungünstigen Moment.

Eine derart starre Haltung wird dem Arbeitnehmer nicht zugemutet, vielmehr wird von ihm das Gegenteil erwartet, nämlich der Verzicht auf die Lohnansprüche, die wegen konjunktureller Schwierigkeiten vom Arbeitgeber nicht erfüllt werden können. Diese Auffassung entspricht der arbeitsrechtlichen Tendenz, das Arbeitsverhältnis bei kürzeren konjunkturellen Unterbrüchen wenn immer möglich zu retten¹⁵. Diese Ansicht wird auch vom EVG¹⁶ geteilt, wie dessen Urteile deutlich zum Ausdruck bringen.

2. Ausnahmen

a) Bei Zweifeln an der Notwendigkeit

Den Kassen ist es unbenommen, eine selbständige Prüfung der betrieblichen und wirtschaftlichen Situation vorzunehmen. Liegen Anzeichen für ein Arrangement zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor oder ist das Unternehmen in Wirklichkeit nicht notleidend, hat die Kasse das Recht, vom Versicherten zu verlangen, dass er seine Dienste anbietet und den Arbeitgeber in Verzug setzt¹⁷.

13 Vgl. oben, S. 39 f.

14 Schweingruber, in ARV 1954, S. 133; Stauffer, S. 89 f.

15 Schweingruber, in ARV 1957, S. 134.

16 EVG in ARV 1953, Nr. 64; EVG in ARV 1954, Nr. 80; EVG in ARV 1967, Nr. 21.

17 Schweingruber, in ARV 1954, S. 134 f.

b) Bei gekündigter Stellung

Befindet sich der Arbeitnehmer in gekündigter Stellung und wird während der Kündigungsfrist mit der Arbeit ausgesetzt, kann ihm zugemutet werden, während der Kündigungsfrist auf Beschäftigung zu beharren, um sich so den vollen Lohn bis zum Ablauf der Frist zu sichern. Ein Grund für ein Entgegenkommen zugunsten des Arbeitgebers besteht nicht mehr¹⁸.

c) Bei unbefristeter Arbeitseinstellung

Ordnet der Arbeitgeber Kurzarbeit oder eine Betriebseinstellung an, ist zu verlangen, dass er die Dauer dieser Massnahme von vornherein befristet. Dauert die Arbeitseinstellung länger als vorgesehen, kann die Kasse die Arbeitnehmer auffordern, ihre Dienste anzubieten und den Arbeitgeber wissen lassen, dass sie nicht länger ohne Lohn aussetzen wollen. Damit setzen sie den Arbeitgeber vom Zeitpunkt des Angebotes an in Verzug. Die Kasse muss dann gemäss Art. 28 Abs. 1 A1VG¹⁹ ihre Leistungen an die Versicherten einstellen²⁰.

18 EVG in ARV 1954, Nr. 80.

19 Vgl. FN 2.

20 Schweingruber, in ARV 1954, S. 135.

9. Kapitel: Abgrenzung zwischen Annahmeverzug und ungerechtfertigter fristloser Entlassung

A. Gleicher Sachverhalt und gleiche Rechtsfolge

Wie oben¹ ausgeführt, wurden unter dem alten Recht (OR von 1911) die Fälle der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung von der Rechtsprechung als Annahmeverzug des Arbeitgebers behandelt. Mit der Revision des 10. Titels des OR im Jahre 1972 wurde für die Fälle der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung eine spezielle Norm (Art. 337 c OR) geschaffen. Trotz dieser Trennung von Annahmeverzug und ungerechtfertigter fristloser Entlassung handelt es sich bei der letzteren um eine Unterart des Annahmeverzugs, ja um einen Annahmeverzug höchsten Grades². In beiden Fällen ist der Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung dispensiert, ohne seinen Anspruch auf Lohn zu verlieren, sofern er seine Dienste gehörig angeboten oder der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung widersprochen hat.

Bis zum Ablauf des Vertrages treffen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung die gleichen Rechtsfolgen wie im Falle des Annahmeverzuges³.

B. Problem der Erklärung

Im Einzelfall steht sehr oft nicht fest, ob der Arbeitgeber die Durchführung des Arbeitsverhältnisses endgültig ablehnt oder nur momentan die Dienste nicht annehmen will⁴.

I. Bei klarer Willensäusserung

Geht der Wille des Arbeitgebers aus seinem Verhalten oder seinen Worten klar hervor, z.B. durch Auszahlung auf der Stelle oder Aushändigung der Arbeitspapiere, muss der Arbeitnehmer seine Dienste nicht noch anbieten, um seine Rechte aus Art. 337 c OR zu wahren, d.h. die ungerechtfertigte fristlose Entlassung anfechten zu können⁵.

¹ Vgl. oben S. 18 f.

² GewGer ZH in JAR 1980, S. 278 f.

³ GSG BS in JAR 1980, S. 288; Rehbinder, S. 105.

⁴ Brühwiler, Art. 337 c Nr. 1; Schweingruber, Art. 337 c Nr. 2.

⁵ Rehbinder, S. 108.

II. Bei unklarer Willensäusserung

Ist jedoch unklar, ob der Arbeitgeber die Arbeitsleistung endgültig oder nur vorübergehend zurückweist, ist dem Arbeitnehmer zu raten, seine Dienste in beweisbarer Form (eingeschriebener Brief) anzubieten. Der Arbeitgeber muss dann zum Problem eindeutig Stellung beziehen. Diese Stellungnahme ist für den Arbeitnehmer wichtig, da sie über seinen Lohnanspruch bis zum ordentlichen Vertragsablauf entscheidet. Der Arbeitnehmer verliert nämlich den gesetzlichen Lohnanspruch, wenn er der fristlosen Entlassung nicht widerspricht, d.h. der Vertrag gilt dann als im gegenseitigen Einverständnis aufgelöst. Ein Widerspruch erst im Prozess nützt nichts mehr, da das Angebot nicht "gehörig" (Art. 91 OR), also nicht am rechten Ort, zur rechten Zeit und auf die richtige Art und Weise gemacht wurde⁶.

III. Ursache dieses Problems

Die Abgrenzung zwischen Verzug des Arbeitgebers und ungerechtfertigter fristloser Entlassung wird solange Schwierigkeiten bereiten⁷, als die geltende gesetzliche Regelung in Kraft bleibt. Erst wenn die fristlose Entlassung an klare Formerfordernisse gebunden ist und in jedem Fall auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden kann, werden sich die beiden Rechtsinstitute auch in der Praxis klar voneinander trennen lassen.

⁶ GewGer ZH in JAR 1980, S. 280.

⁷ BGE 103 II 274; GewGer ZH in JAR 1980, S. 280-282; GSG BS in JAR 1980, S. 290; ArbGer BE in JbBE 1977, S. 27.

3. Teil: BETRIEBSRISIKOLEHRE UND SUSPENSION

10. Kapitel: Betriebsrisikolehre

A. Betriebsrisikolehre in der Schweiz

Die schweizerische Lehre hat sich bisher kaum mit der Betriebsrisikolehre befasst. Die bekannten Kommentare¹, das Lehrbuch von Rehbinder² und die Darstellung des Arbeitsvertragsrechts von Vischer³ befassen sich nur summarisch oder überhaupt nicht mit der Betriebsrisikolehre. Einzig Dünner⁴ hat sich bis anhin eingehender dem Problem des Betriebsrisikos gewidmet. Er macht die deutsche Doktrin und Rechtsprechung zur Grundlage seiner Ueberlegungen und kommt von daher zu einer Lösung unter Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse.

Grund für die wenig ausführliche Behandlung dieses Problems in der Lehre ist wohl, dass unter dem OR von 1911 alle Sachverhalte, in denen der Grund der Nichtleistung beim Arbeitgeber lag, unter die Norm des Annahmeverzugs subsumiert wurden⁵. Diese Lösung ergab sich, weil die Unmöglichkeit auf seiten des Arbeitgebers praktisch immer auch die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung an sich nach sich zieht. Damit ist der Arbeitgeber der Vornahme der Vorbereitungshandlungen nicht nachgekommen und kann in Verzug gesetzt werden⁶. Als Regulativ für die dem Arbeitgeber daraus entstehenden Konsequenzen wurde z.B. der Rücktritt aus wichtigem Grunde anerkannt⁷. Obwohl die heutige Lehre diese Lösung nicht mehr im gleichen Masse anerkennt⁸, ist die dogmatische Durchdringung des Betriebsrisikos als neuer Lösungsweg nicht im erwünschten Masse an die Hand genommen worden. Das Problem wird nicht gelöst, indem man den Richter anweist, im konkreten Falle zu bestimmen, ob eine Betriebsstörung zum Betriebsrisiko gehört oder nicht⁹.

1 Brühwiler, Art. 324 Nr. 2; Schweingruber, Art. 324 Nr. 3; Streiff, Art. 324 Nr. 4.

2 Rehbinder, S. 66 f.

3 Vischer, S. 382.

4 Dünner, S. 49-166.

5 Becker, Art. 332 Nr. 1-6; Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 5.

6 Vgl. oben, S. 49 f.

7 Amrein, S. 56.

8 Schweingruber, Art. 324 Nr. 3; Brühwiler, Art. 324 Nr. 2; Vischer, Art. 383.

9 So aber Becker, Art. 332 Nr. 1-6; Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 5; Schumacher, S. 87.

Ebenso unbefriedigend ist der Hinweis, dass die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses selten objektiv unmöglich sein wird¹⁰. Noch ein weiterer Grund für die magere Beschäftigung mit dem Problem des Betriebsrisikos ist zu erwähnen. Auch in der heutigen Doktrin wird zuwenig zwischen den verschiedenen Sachverhalten, die zur Anwendung von Art. 324 OR führen, unterschieden¹¹. Erst die Beschäftigung mit der Unmöglichkeit und dem Verzug erlauben es, die Grenzen der Anwendung von Art. 324 OR festzulegen. Will man sich mit der Betriebsrisikolehre befassen, muss zuerst einmal deren Anwendungskreis abgesteckt werden. Ist das geschehen, kann man daran gehen, die Voraussetzungen, die Rechtsgrundlagen und die Reichweite dieses Institutes zu bestimmen. Wegen des weitgehenden Fehlens von einheimischer Literatur wird es im folgenden unumgänglich sein, sich auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung zu stützen, soweit dies für unser Recht angezeigt ist.

B. Begriff

I. Allgemeines

Unter den Begriff des Betriebsrisikos werden in dieser Arbeit diejenigen Fälle zusammengefasst, in denen die Arbeitsleistung objektiv unverschuldet unmöglich ist¹². Diese Definition ergibt sich aus den Ausführungen zum Problem der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung und deren Abgrenzung zum Verzug. Der Arbeitgeber hat demnach die Unmöglichkeit der Leistung dann zu vertreten, wenn ihre Ursache in seiner Person liegt, oder wenn er sie verschuldet hat.

Liegt die Unmöglichkeit innerhalb oder ausserhalb des Betriebes und beruht sie auf Zufall, kann man den Arbeitgeber nicht aufgrund der Art. 91 oder 324 OR haften lassen¹³. Will man den Arbeitgeber auch dieses Risiko tragen lassen, muss wohl Art. 119 Abs. 3 OR herangezogen werden, wobei zu beweisen sein wird, warum die Gefahr der Arbeitsleistung bereits vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht.

Mit diesem Beweis befasst sich die Betriebsrisikolehre, die bestimmt, in welchen Fällen der Arbeitgeber trotz objektiv unverschuldeter Unmöglichkeit den Arbeitnehmer zu entlönnen hat.

10 Brühwiler, Art. 324 Nr. 3; Schweingruber, Art. 324 Nr. 3.

11 Vgl. oben, S. 35 ff.

12 Ebenso: Neumann-Duesberg, S. 69.

13 Vgl. oben, S. 38 f.

II. Beispiel aus der Praxis

Das gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt¹⁴ musste im Jahre 1965 entscheiden, ob ein Stromausfall und die damit verbundene Unterbrechung der Arbeit als Annahmeverzug oder als Unmöglichkeit zu betrachten sei. Das Gericht führte aus, dass kein Lohn zu bezahlen sei, also Unmöglichkeit vorliege, wenn der Stromausfall vom Elektrizitätswerk verursacht worden sei. Hingegen läge ein Annahmeverzug vor, falls der Arbeitsunterbruch aufgrund einer mangelhaften Maschine eingetreten wäre.

Das Gericht stellt also in seinem Entscheid auf die Ursache des Arbeitsausfalles ab. Liegt sie im Betrieb, ist Annahmeverzug, liegt sie ausserhalb des Betriebes, ist Unmöglichkeit gegeben. Betrachtet man den Sachverhalt aber unvoreingenommen, stellt man fest, dass die Arbeit so oder so unmöglich geleistet werden kann. Die Arbeitsleistung ist in beiden Fällen objektiv unverschuldet unmöglich. An diesem Beispiel kommt zum Ausdruck, dass die Grenze zwischen Unmöglichkeit und Verzug nicht zwischen den Sphären der Vertragsparteien verläuft¹⁵. Es ist unbeachtlich, in welcher Sphäre die Unmöglichkeit ihren Sitz hat, wichtig ist, dass die Arbeitsleistung eine gewisse Zeit nicht erbracht werden kann. Die beiden vom Gericht genannten Fälle sind insofern identisch und eignen sich nicht für die vorgenommene Unterscheidung. Beides sind Fälle der Betriebsrisikolehre, die sich mit den Rechtsfolgen der unverschuldeten objektiven Unmöglichkeit befasst.

Mit dem wesentlichen Problem hat sich das Gericht gar nicht befasst. Ausgangspunkt einer angemessenen Problemlösung ist die Feststellung der objektiven Unmöglichkeit. Dass das Gericht nicht einmal die Frage nach einer solchen Lösung stellte, deutet daraufhin, dass es sie gar nicht stellen konnte, weil es sonst nicht zum "richtigen" Ergebnis gelangt wäre. Die Frage nach dem "richtigen" Ergebnis ruft aber nach einer dogmatischen Durchdringung von Art. 324 OR¹⁶.

C. Begründung

Die Betriebsrisikolehre kann auf zwei Arten begründet werden: Auf eine positive, indem gesagt wird, warum der Arbeitgeber das Betriebsrisiko tragen muss,

14 GSG BS in BJM 1965, S. 77.

15 Vgl. oben, S. 30 ff.

16 Vgl. oben, S. 48.

und auf eine negative, indem gesagt wird, warum der Arbeitnehmer nicht mit dem Betriebsrisiko belastet werden darf. Nachfolgend wird die Betriebsrisikolehre zuerst positiv und dann negativ begründet, wobei die Reihenfolge der Begründungselemente nicht zugleich deren Rangfolge darstellt. Die einzelnen Elemente stehen vielmehr gleichrangig nebeneinander. Erst ihre Gesamtheit erlaubt eine Zuordnung der Gefahrtragung an eine bestimmte Vertragspartei.

I. Positive Begründung

1. Wirtschaftliche Initiative

a) Entschlussfreiheit

Die schweizerische Wirtschaftsverfassung wird grundsätzlich von der Handels- und Gewerbefreiheit beherrscht (Art. 31 BV). Die traditionelle Rechtslehre fasst die Handels- und Gewerbefreiheit als Individualrecht auf, dass sich in der Zulassungsfreiheit (Berufswahlfreiheit) und der Ausübungsfreiheit manifestiert¹⁷. Obwohl dieser Grundsatz nicht absolut gilt, sondern nur in den Schranken der Verfassung und der Bundesgesetze¹⁸, ist es jedermann freigestellt, auf welche Art und Weise er sich beruflich entfalten will. Jedermann darf sich also als selbständiger Unternehmer versuchen, darf wagen, wirtschaftlich auf eigenen Füßen zu stehen. Seine wirtschaftliche Initiative wird vom Staat nicht gebremst¹⁹.

Nun enthält nicht nur der Entschluss, sich selbständig zu machen, ein wagendes Element, sondern auch die unternehmerische Tätigkeit an sich²⁰. Kein Unternehmer ist in der Lage, künftige negative Ereignisse in jedem Falle frühzeitig zu erkennen und vor allem deren Folgen mit gezielten Massnahmen einzudämmen. Jeder Unternehmer muss mit diesem Risiko leben. Diese Situation kann mit dem Sprichwort "wer nicht wagt, der nicht gewinnt" umschrieben werden. Für das Betriebsrisiko ergibt sich aus dem Sprichwort, dass das Risiko desto kleiner ist, je weniger der Unternehmer wagt. Trotz dieser Abnahme des Risikos mit kleiner werdendem Wagnis kann es nie ganz ausgeschlossen werden. Es ist durchaus möglich, dass ein zu wenig risikofreudig geführter Betrieb wirtschaftlich genau so wenig überleben kann wie ein allzu riskant geführter.

17 Gygi, S. 302; Aubert, Nr. 1871-1880.

18 Gygi, S. 302-304.

19 Meissinger, S. 47.

20 Galperin, S. 9.

Wieviel Risiko ein Unternehmer oder eine Geschäftsführung dem Betrieb zumutet, liegt ganz in deren Ermessen. Treffen sie einen Fehlentscheid in unternehmerischer Hinsicht, so muss der Arbeitnehmer die negativen Folgen dieses Fehlentscheids nicht mittragen. Derjenige, der die wirtschaftliche Initiative und das Entscheidungsrecht hat, muss auch das Risiko beherrschen und in der Lage sein, die Störung selbst oder deren schädigende Folgen, letztere z.B. durch Rückstellungen, stille Reserven usw. abzuwenden²¹.

b) Organisationsfreiheit

Hat ein Individuum die wirtschaftliche Initiative ergriffen und sich zu einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit entschlossen, bedarf es einer bestimmten Betriebsorganisation, um diesen Entschluss Wirklichkeit werden zu lassen. Die Gestaltung dieser Organisation obliegt dem Arbeitgeber. Er entscheidet, welches Produkt auf welche Art und Weise produziert wird. Obwohl diese Fragen ebenfalls unternehmerische Entscheidungen verlangen, sind sie sehr stark mit der Organisation des Betriebes verknüpft. Ein bestimmter Produktionsablauf verlangt gewisse betriebliche Voraussetzungen. Diese Voraussetzungen, z.B. Rohstoffe, Maschinen oder Energie, hat der Arbeitgeber zu schaffen. Er ist für die Bereitstellung der Arbeitsmittel verantwortlich²², verantwortlich im Sinne der Zuordnung der Gefahrtragung für Ereignisse, die sich in einem bestimmten Bereich auswirken. Diese Gefahrtragungszuordnung ist eine Folge der wirtschaftlichen Initiative und des damit verbundenen Risikos.

2. Materieller Gewinn

Als zweites Argument für die Begründung der Betriebsrisikolehre wird oft der materielle Gewinn des Arbeitgebers angeführt²³. Nach der gegenwärtig herrschenden Wirtschaftsverfassung steht das Betriebsergebnis in erster Linie dem Unternehmer zu. Seinem Anrecht auf ein positives steht die Tragung des negativen Ergebnisses als logisches Korrelat gegenüber²⁴. Es ist unbestreitbar, dass

21 Dünner, S. 71.

22 Vischer, S. 382; Kalb, S. 34.

23 Kalb, S. 34.

24 Galperin, S. 9.

es auch in einer grundsätzlich auf Gewinnerzielung ausgerichteten Wirtschaft Unternehmen gibt, deren Ziel nicht der möglichst hohe Gewinn ist. Ebenso unbestreitbar ist, dass jede Betriebsgründung Arbeitsplätze schafft und so zur Mehrung des Wohlstandes aller beiträgt²⁵. Trotzdem richtet sich unsere Wirtschaft grundsätzlich nach dem maximalen Gewinn²⁶. Solange dem so ist, ist es sicher berechtigt, den Renditeberechtigten auch zur Tragung derjenigen Risiken heranzuziehen, die mit seinem Gewinnstreben verbunden sind. Diese Lösung ergibt sich aus dem Prinzip, dass bei unverschuldeter Unmöglichkeit (oder Schadenverursachung) der wirtschaftlich stärkere Teil den Schaden tragen soll²⁷.

3. Schutz des Arbeitnehmers

Ein wesentlicher Faktor der unterschiedlichen Risikoverteilung ist die unterschiedliche Position des unselbständigen Arbeitnehmers einerseits und des selbständigen Arbeitgebers anderseits. Die Belastung des Arbeitgebers mit dem Betriebsrisiko ergibt sich auch aus der besonderen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers. Indem sich der Arbeitnehmer in die Dienste des Arbeitgebers stellt, verzichtet er weitgehend auf seine wirtschaftliche Dispositionsfreiheit²⁸, er hört auf, in wirtschaftlicher Hinsicht sein eigener Herr und Meister zu sein. Ist der Arbeitnehmer einmal vertraglich gebunden, kann er seine Arbeitskraft nicht mehr nach unternehmerischen Gesichtspunkten einsetzen, um den nach der Marktlage grösstmöglichen Gewinn zu erzielen. Er hat auf diese Dispositionsfreiheit zugunsten eines niedrigeren, aber sicheren Einkommens verzichtet. In dieser Situation ist der Arbeitnehmer in der Mehrzahl der Fälle zu einer genügenden Eigenvorsorge nicht mehr in der Lage²⁹. Diese Vorsorge muss deshalb der Arbeitgeber als Nutzniesser der Arbeitskraft oder auch der Sozialstaat übernehmen.

II. Negative Begründung

1. Kein Gemeinschaftsverhältnis

Trotz allen positiven Begründungselementen stellt sich die Frage, ob nicht Faktoren vorliegen, die das Mittragen des Betriebsrisikos durch den Arbeitnehmer rechtfertigen. Einer dieser Faktoren ist die Lehre vom "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis".

25 Dünner, S. 67-69.

26 Kleinewefers/Pfister, S. 166-168.

27 Meier, S. 53, 56.

28 Wiedemann, S. 88.

29 Kleinewefers/Pfister, S. 433-441, Lohnentwicklung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigerwerbenden.

Diese Lehre wurde in Deutschland entwickelt³⁰. Sie besagt, dass die enge persönliche Verbundenheit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis von anderen, auf den Austausch von Leistungen ausgerichteten Schuldverhältnissen unterscheidet. Diese persönliche Verbundenheit erlaube es, von einem Gemeinschaftsverhältnis zu sprechen³¹. Richtig betrachtet sei daher das Arbeitsverhältnis weniger ein Schuldverhältnis als ein Statusverhältnis, das die personenrechtliche Stellung des Menschen bestimme und aus dem verschiedene Rechte und Pflichten erst hervorgingen³².

In Anlehnung an diese Lehre sprach auch die Botschaft des Bundesrates zur Revision des Arbeitsvertragsrechts³³ im Jahre 1972 davon, das Arbeitsverhältnis nehme Züge eines Gemeinschaftsverhältnisses an und die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bewirke eine persönliche Bindung mit daraus entspringenden Pflichten. In den parlamentarischen Beratungen wurde einer persönlichen Bindung der beiden Vertragspartner und dem sich daraus ergebenden Gemeinschaftsverhältnis einige Beachtung geschenkt³⁴.

Im schweizerischen Schrifttum nach 1972³⁵ taucht der Begriff mit Hinweis auf die Materialien ebenfalls auf. Hingegen räumt die neueste schweizerische Lehre³⁶ dem Begriff des "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses" nicht mehr den gleichen Platz ein. Sie folgt Hug³⁷, der bereits 1926 ausgeführt hat, dass das moderne Arbeitsrecht das Rechtsschutzbedürfnis des Menschen durch die Aufstellung von Normen befriedigen müsse. Es ist heute unbestritten, dass der Arbeitsvertrag auf den Austausch der Leistungen gerichtet ist, ein Interessengegensatzvertrag, der durch die persönliche Arbeitsleistung einen personenbezogenen Einschlag erhält. Indem der schweizerische Gesetzgeber die Nebenpflichten im Gesetz geregelt hat, braucht es keine aussergesetzlichen Be-

30 Gierke, Dienstvertrag, S. 37 ff.; Nikisch, S. 31 f.; Hueck/Nipperdey, S. 219; Kaskel/Dersch, S. 133 f.

31 Nikisch, S. 6.

32 Ebd., S. 31 f.

33 BBl. 1967 II, S. 296.

34 Vgl. Voten von Hofstetter, StenBullNR 1969, S. 401; Heil, StenBullNR 1969, S. 421; Brunner, StenBullNR 1969, S. 422; Bundesrat von Moos, StenBullStR 1970, S. 320.

35 Brühwiler, Art. 319 Nr. 9; Guhl/Merz/Kummer, S. 400; Gauch, S. 8; Isler A., 186; Stauffacher, S. 294.

36 Nef, SJZ 67 (1971), S. 240; ders., SJZ 71 (1975), S. 362 f; Rehbinder, S. 32; Schweingruber, Art. 319 Nr. 3 und 4; Vischer, S. 289 f.

37 Hug, Abhandlungen, S. 15 ff.

gründungen mehr, um die daraus folgenden Ansprüche zu legitimieren. Die Treue und Fürsorgepflichten sind somit durch Normen und nicht durch Status begründet. Die schweizerische Lehre folgt damit in ihren neuesten Tendenzen der Entwicklung in Deutschland. Dort wurden bereits 1956 erste Zweifel an der Richtigkeit der Lehre vom "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis" laut³⁸. Seither haben sich diese Zweifel zur herrschenden Lehre verdichtet³⁹. Lehnt die neue Lehre den Begriff des "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses" ab, kann unter diesem Titel nicht eine Mittragung des Betriebsrisikos verlangt werden⁴⁰. Die Ansprüche des Arbeitnehmers dürfen nicht durch die Idee eines Gemeinschaftsverhältnisses verkürzt werden. Aus diesem "Schutzverhältnis" dürfen dem Arbeitnehmer keine zusätzlichen Pflichten auferlegt werden.

2. Keine natürliche Interessengemeinschaft

Eine Beteiligung am Betriebsrisiko kann dem Arbeitnehmer auch nicht aufgebürdet werden, indem man eine natürliche Interessengemeinschaft zwischen ihm und dem Arbeitgeber annimmt. Unter dem Titel einer solchen Gemeinschaft werden vom Arbeitnehmer oft "Opferleistungen" gefordert, wobei noch auf seine Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber hingewiesen wird⁴¹.

Die Anhänger dieser Meinung übersehen, dass zu dieser Interessengemeinschaft nicht nur Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sondern auch diejenigen gehören, die das Kapital gegen ein festvereinbartes Entgelt, den Zins, zur Verfügung stellen. Der Kreditgeber ist am Erfolg des Unternehmens genau so interessiert wie der Arbeitnehmer. Für beide bedeutet geschäftlicher Misserfolg Gefährdung ihrer Ansprüche. Es ist aber bis anhin noch niemand auf die Idee gekommen, dass der Unternehmer im Falle einer unverschuldeten und existenzgefährdenden Betriebsstörung von seinen Kreditgebern den teilweisen oder vollständigen Verzicht auf Zinszahlungen oder gar auf das Darlehenskapital hätte verlangen können⁴². Man wende nicht ein, dass die Kapitalgeber in solchen Fällen mit sich reden liessen. In Frage steht ein gerichtlich durchsetzbarer An-

38 Mavridis, S. 444.

39 Wiedemann, S. 36; Zöllner, S. 95; Schaub, S. 102; Söllner, S. 209; Schwerdtner, S. 78.

40 Dünner, S. 95 f.; Amrein, S. 128 f.; Biedenkopf, Rechtsfortbildung, S. 14-18; Mavridis, S. 446.

41 Dünner, S. 97; BGE 57 I 370.

42 Biedenkopf, Rechtsfortbildung, S. 17.

spruch auf Mittragung des Betriebsrisikos. Gegen den Arbeitnehmer konnte dieser Anspruch auf Mittragung des Risikos bis anhin unter den Stichworten "Unmöglichkeit der Leistung" oder "Grenzen der Betriebsrisikolehre" durchgesetzt werden⁴³.

III. Anwendung von Art. 119 Abs. 3 OR

Bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 324 OR wurde zuerst zwischen der möglichen und der unmöglichen Leistung unterschieden⁴⁴. Dabei stellte sich heraus, dass Unmöglichkeit der Leistung dann vorliegt, wenn der Primärzweck des Vertrages nicht mehr erreicht werden kann. In allen diesen Fällen würden also die Wirkungen des Arbeitsvertrages für die Dauer der Unmöglichkeit suspendiert. Der Arbeitnehmer müsste nicht arbeiten, und der Arbeitgeber brauchte keinen Lohn zu zahlen (Art. 119 Abs. 1 OR).

Nun sieht aber Art. 119 Abs. 3 OR Ausnahmen von der allgemeinen Regel dann vor, wenn die Gefahr nach Gesetzesvorschrift oder nach dem Inhalt des Vertrages vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht. Oben⁴⁵ wurde die Gefahrtragung dahin definiert, dass der Gläubiger das Risiko des zufälligen Nicht-Leisten-Könnens des Schuldners tragen muss. Die Betriebsrisikolehre gibt Auskunft, warum der Arbeitgeber im Falle der objektiv unverschuldeten Unmöglichkeit der Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer den Lohn trotzdem bezahlen muss. Somit trägt im Arbeitsverhältnis der Arbeitgeber (Gläubiger) die Gefahr der zufälligen Unmöglichkeit, womit die Regel von Art. 119 Abs. 3 OR anwendbar ist⁴⁶.

D. Rechtsnatur

Im Arbeitsvertragsrecht herrscht wie im ganzen Zivilrecht Vertragsfreiheit, soweit dem nicht zwingende Gesetzesnormen entgegenstehen⁴⁷. Es ist nun zu prüfen, inwieweit der gefundenen Risikoverteilung zwingende Geltung zukommt, obwohl sie sich nicht aus dem Gesetz direkt ergibt und damit auch nicht in Art. 361/362 OR aufgeführt ist.

43 GSG BS in BJM 1965, S. 77.

44 Vgl. oben, S. 42 f.

45 Vgl. oben, S. 33.

46 Rehbinder, S. 66; Söllner, in AcP 167, S. 142 f.

47 Rehbinder, S. 34; Kalb, S. 150.

I. Durchbrechung der Vertragsfreiheit im Arbeitsvertragsrecht

Der Gesetzgeber hat in Art. 361 und 362 OR bestimmt, dass gewisse Normen des 10. Titels des OR überhaupt nicht oder nur zugunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden dürfen. Er hat damit dem Gedanken Rechnung getragen, dass die Vertragsinhaltsfreiheit dem Arbeitsverhältnis nicht gerecht wird, da diese von der Gleichgewichtigkeit der Vertragskontrahenten ausgeht. Echte Vertragsfreiheit funktioniert nur unter der Voraussetzung, dass die Vertragsparteien ihre Interessen bei der Vertragsgestaltung selbst in ausreichendem Masse wahrzunehmen vermögen⁴⁸.

Mit der Schaffung der genannten beiden Normen hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass im Arbeitsvertragsrecht zwei typischerweise ungleichgewichtige Parteien zusammenkommen. Das Individualarbeitsrecht orientiert sich damit am Phänomen der gestörten Vertragsfreiheit, deshalb ist es zum Arbeitnehmerschutzrecht geworden. Es bezweckt und verwirklicht den Schutz des sozial Schwächeren, indem es die Machtbefugnisse des Arbeitgebers einschränkt⁴⁹.

II. Rechtsnatur der Gefahrtragungsregel bei Betriebsrisiko

Die zentrale Frage der Gefahrtragungsregelung bei Betriebsrisiko ist die Lohnfortzahlung. Die Art. 324- 324b OR sind mit dem Marginale "Lohn bei Verhinderung der Arbeitsleistung" bezeichnet und vom Gesetzgeber unter die relativ zwingenden Normen aufgenommen worden (Art. 362 OR). Daraus geht hervor, dass der Gesetzgeber den Arbeitnehmer in den Fällen schützen will, wo das Synallagma, also der Grundsatz "Ohne Arbeit kein Lohn" durchbrochen wird. Der Normzweck der Lohnfortzahlungsregel bedingt deren relativ zwingende Ausgestaltung. Der Schutz des Arbeitnehmers darf aber insofern nicht auf die im Gesetz geregelten Sachverhalte beschränkt bleiben, als die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers auch in anderen, gleichgelagerten Fällen anerkannt ist. In Art. 324 OR wird der Arbeitgeber zur Fortzahlung des Lohnes verpflichtet, wenn er die Arbeit nicht annehmen will oder wenn er die einfachen Vorbereitungs-handlungen nicht vornimmt. Die ältere Lehre⁵⁰ löste auch die Fälle der Unmöglichkeit mit der Regel von Art. 324 OR. Der schweizerische Gesetzgeber

48 Gamillscheg, Abschluss, S. 796.

49 Kalb, S. 151.

50 Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 5; Becker, Art. 332 Nr. 6; Hug, Kündigungsrecht, S. 33.

ist bei der Revision des Arbeitsvertragsrechts im Jahre 1971 dieser Lehre gefolgt. Oben⁵¹ wurde jedoch die Unhaltbarkeit dieser Lehre festgestellt, da sie den Handlungsphasen und dem Leistungsinhalt im Arbeitsverhältnis zu wenig Rechnung getragen hat.

Währenddem die ältere Lehre Verzug und Unmöglichkeit mit Art. 324 OR löste, ist die Annahmeverzugsregel nach den neueren Erkenntnissen auf die Fälle der Unmöglichkeit nicht anwendbar. Damit aber der Schutz des Arbeitnehmers gleichwohl gewährleistet bleibt, greift man auf die dispositive Norm von Art. 119 Abs. 3 OR zurück, was durch die besondere Natur des Arbeitsvertrages gerechtfertigt ist⁵².

Art. 119 Abs. 3 OR bietet jedoch dem Arbeitnehmer nicht den speziellen arbeitsrechtlichen Schutz, den der Gesetzgeber bei der zwingenden Ausgestaltung der Lohnfortzahlungsregel vorgesehen hat. Die neuere rechtsdogmatische Einsicht verschlechtert daher die Position des Arbeitnehmers, indem sie einen bestimmten Lebenssachverhalt als von einer Norm nicht mehr gedeckt bezeichnet. Wird nun der nicht mehr gedeckte Sachverhalt von einer andern Norm erfasst, die aber eine andere Rechtsnatur aufweist, ist es möglich, dass ein vom Gesetzgeber gesetzter Zweck nicht mehr voll erreicht wird. Das ist geschehen, indem die Unmöglichkeit der Leistung (das Betriebsrisiko) nicht mehr von Art. 324 OR, sondern von Art. 119 Abs. 3 OR erfasst wird. Damit fehlt vom Standpunkt des positiven Rechts aus eine erforderliche Bestimmung. Vor uns liegt eine unechte, d.h. eine legislativ-politische Lücke⁵³, die sich aus den dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Wertsetzungen und Zwecken ergeben hat. Diese Lücke muss vom Richter in Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB ausgefüllt werden. Aufgrund der besonderen Struktur jedes Arbeitsverhältnisses muss auch der Lohnfortzahlungspflicht im Falle des Betriebsrisikos der spezielle arbeitsrechtliche Schutz zukommen, d.h. muss Art. 119 Abs. 3 OR im Arbeitsverhältnis als zwingend angesehen werden.

E. Grenzen

I. Bei Betriebsgefährdung

In der herrschenden schweizerischen Lehre⁵⁴ ist anerkannt, dass die Betriebsgefährdung als Grenze der Gefahrtragung gilt. Sobald die Weiterzahlung

51 Vgl. oben, 4. Kapitel.

52 Rehbinder, S. 66.

53 Meier-Hayoz, Art. 1 Nr. 276.

54 Brühwiler, Art. 324 Nr. 3c; Rehbinder, S. 67; Schweingruber, Art. 324 Nr. 3.

des Lohnes die Existenz des Betriebes gefährdet, müssen sich die Arbeitnehmer aus dem Gesichtspunkt der Treuepflicht heraus eine Kürzung oder sogar den Wegfall des Lohnanspruchs gefallen lassen. Aufbauend auf den bisherigen Ergebnissen muss überprüft werden, ob diese von der herrschenden Lehre vorgesehene Grenze der Gefahrtragung zu Recht besteht.

1. Bestandesschutz durch Lohnentzug

a) Oekonomische Berechtigung

Eine Beteiligung der Arbeitnehmer am Betriebsrisiko ist aus ökonomischer Sicht nur dann sinnvoll, wenn die "Opferleistung" des Arbeitnehmers den Betrieb zu retten vermag. Von dieser Prämisse geht die herrschende Lehre grundsätzlich aus. Die Ueberlegung geht dahin, dass die Liquidation des Unternehmens wie den Arbeitgeber um sein Unternehmen, so auch den Arbeitnehmer um seinen Arbeitsplatz bringt⁵⁵. Von wirtschaftswissenschaftlicher Seite ist jedoch bestritten worden, dass das Lohnopfer der Belegschaft den Betrieb zu retten vermag⁵⁶. Einige Punkte der Kritik werden im folgenden kurz angeschnitten. Zuerst wird auf die unterschiedliche Kostenstruktur der Betriebe hingewiesen. Neben Betrieben mit vergleichsweise hohem Personalkostenanteil gibt es kapitalintensive Betriebe mit wenig Personaleinsatz. Es leuchtet ein, dass die durch den Lohnentzug erzielbaren Entlastungen um so geringer sind, je grösser im Einzelfall die Kapitalintensität ist⁵⁷. Nur bei Betrieben mit hohem Personalkostenanteil können Lohneinsparungen zur Bestandserhaltung beitragen. Zu diesen Ausführungen ist zu bemerken, dass mit steigender Betriebsgrösse erfahrungsgemäss der Kapitaleinsatz wächst und der Anteil der Personalkosten abnimmt. Demnach bildet die Vorenthaltung des Lohnes bei Mittel- und Grossbetrieben kein taugliches Mittel, um den Weiterbestand des Unternehmens zu gewährleisten⁵⁸.

Zweitens ist zu beachten, dass die im Zuge einer Betriebsstörung auftretende Konkursgefahr in aller Regel nicht allein auf der Lohnfortzahlung beruht. Vielmehr liegt oft eine Vielzahl von Ursachen innerhalb und ausserhalb des Unternehmens vor, so dass die "Opferleistung" der Arbeit-

55 Wiedemann, S. 90.

56 Krasnitzky, S. 108 - 142.

57 Ebd., S. 112 - 114.

58 Ebd., S. 117.

nehmer das Ende des Unternehmens wohl nicht verhindern, sondern nur hinauszögern kann⁵⁹.

Als letztes Argument gegen den Lohnwegfall zum Schutz des Unternehmens ist noch zu erwähnen, dass eine mit aller Gewalt angestrebte Betriebserhaltung sehr oft den volkswirtschaftlichen Ausleseprozess behindert. Dadurch werden notwendige Strukturbereinigungen, die zur Erhaltung einer gesunden Volkswirtschaft unumgänglich sind, verhindert⁶⁰.

b) Juristische Berechtigung

Für die Beteiligung des Arbeitnehmers am Betriebsrisiko ist jedoch entscheidend, ob er Gewähr dafür hat, dass er von seinem Opfer auch wirklich profitieren kann. Wie ungewiss die Rettung eines Betriebes durch "Opferleistungen" der Arbeitnehmer ist, wurde eben dargelegt. Der Arbeitnehmer ist aber auch bei einer eventuellen Rettung des Unternehmens nicht sicher, ob sie ihm zugute kommt. Erstens kann der Arbeitgeber nicht gezwungen werden, das in Schwierigkeiten geratene Unternehmen unter allen Umständen fortzuführen und das Risiko weiterer Verluste auf sich zu nehmen. Kraft seiner unternehmerischen Freiheit kann er sein Unternehmen jederzeit stilllegen, etwa wenn sich abzeichnet, dass eine Weiterführung in der Krise wohl möglich ist, sich aber auf längere Sicht nicht lohnt. Ueber die Zweckmässigkeit einer solchen Stilllegung entscheidet allein der Unternehmer⁶¹. Zweitens hat der Arbeitnehmer keine Gewähr dafür, dass nach erfolgreich überwandener Krise die Arbeitsplätze nicht durch Rationalisierungsmassnahmen verloren gehen. Als Drittes ist auf das Fehlen jeglichen Kündigungsschutzes hinzuweisen.

c) Ergebnis

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass weder das Unternehmen noch die Arbeitsplätze durch die "Opferleistung" der Arbeitnehmer gerettet werden können. Aus ökonomischer wie aus juristischer Sicht ist der Lohnwegfall oder ein Lohnabstrich zur Erreichung des gesetzten Zieles ein untaugliches Mittel und somit als Grenze der Gefahrtragung ungeeignet.

59 Krasnitzky, S. 125-131; vgl. Riemer, S. 266-279.

60 Wittmann, S. 112, 189.

61 Dünner, S. 99; Kalb, S. 110.

2. Bestandesschutz durch Lohnstundung

An den ökonomischen Einwendungen zur Beteiligung des Arbeitnehmer am Betriebsrisiko ändert sich nichts, wenn der Lohn lediglich gestundet wird.

Juristisch hingegen erscheint diese Lösung unbedenklicher, weshalb sie z.B. von Wiedemann⁶² als zumutbaren Beitrag des Arbeitnehmers an die Erhaltung des Unternehmens betrachtet wird. Wird der Lohn nur gestundet, bleibt der Lohnanspruch bekanntlich in voller Höhe bestehen, lediglich seine Fälligkeit wird hinausgeschoben. Mit Hinausschieben der Fälligkeit stellt sich sofort das Problem der Bestimmung des Zeitraumes der Stundung, also des Beginns und des Endes der Krise. Damit ist auch die Höhe des Stundungsbetrages eng verknüpft. Für die betroffenen Arbeitnehmer ändert sich an der tatsächlichen Situation wenig, ob nun ihre Löhne gestundet werden oder ob sie eine Lohneinbusse erleiden. Ihnen wird in beiden Fällen Lohn vorenthalten, im besseren Falle mit der unsicheren Aussicht auf Nachzahlung. Während der Dauer der Stundung können sie aber von dieser Aussicht schlecht leben.

An dieser unerfreulichen Situation ändert auch das Konkursprivileg des Arbeitnehmers für Lohnforderungen (Art. 219 Abs. 4 lit. a SchKG) nichts Entscheidendes⁶³, vor allem auch darum, weil die Kapitalgeber nicht zu ähnlichen Schritten gezwungen werden können. Zudem steht die Dauer des Konkursverfahrens einer speditiven Auszahlung der privilegierten Forderungen meist im Wege, womit der Arbeitnehmer oft sehr lange auf die Lohnauszahlung warten muss⁶⁴. Daraus geht hervor, dass die Stundung des Lohnes den Schutz des Unternehmens und des Arbeitsplatzes ebenfalls nicht zu gewähren vermag. Die geringfügige Verbesserung der Position des Arbeitnehmers durch die Stundung wiegt im Vergleich zum gänzlichen Verzicht nicht derart schwer, dass dadurch die Teilhabe des Arbeitnehmers am Betriebsrisiko gerechtfertigt werden könnte, zumal auch die Stundung des Lohnrisikos nicht voll abzudecken vermag.

II. Bei Arbeitskämpfen

1. Grundlagen

Jeder Arbeitskampf bringt Betriebsrisiken mit sich. Damit stellt sich die Frage, wie diese Risiken verteilt werden sollen. Grundsätzlich stehen zwei Denkmodelle zur Verfügung. Das eine Modell will die Normen des OR auch im

62 Wiedemann, S. 91 f.

63 Fritzsche, Bd. II, S. 84; Büchi, 1. Bd., S. 74 f.; Dallèves/Ammann, S. 51.

64 Dallèves/Ammann, S. 22.

Arbeitskampf angewendet wissen, das andere verneint die Anwendung dieser Normen und postuliert eine dem Arbeitsverhältnis angepasste Lösung.

Grundlage beider Modelle ist die grundsätzliche Zulässigkeit von Arbeitskämpfen⁶⁵. Diese Zulässigkeit ergibt sich aus der Koalitionsfreiheit (Art. 56 BV)⁶⁶ und aus dem Fehlen eines allgemeinen Arbeitskampfverbotes⁶⁷.

a) Trennungstheorie

Die ältere Lehre in der Schweiz geht davon aus, dass die Einleitung eines kollektiven rechtmässigen Arbeitskampfes den individuellen Arbeitsvertrag bricht, sofern der Arbeitsvertrag nicht vorher durch eine ordentliche Kündigung beendet wurde⁶⁸. Dieser Bruch des Arbeitsvertrages gilt als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR, welcher der anderen Partei die ausserordentliche Kündigung erlaubt⁶⁹. Diese Lehre trennt also den Bereich des kollektiven vom Bereich des individuellen Arbeitsrechts. Sie wird deshalb "Trennungstheorie" genannt.

b) Einheitstheorie

Die neuere Lehre in Deutschland⁷⁰ und auch in der Schweiz⁷¹ vertritt die Meinung, dass die Rechtmässigkeit des Arbeitskampfes kollektiv- und individualrechtlich einheitlich zu beurteilen ist, d.h. ein rechtmässiger Arbeitskampf kann keine Verletzung des Einzelarbeitsvertrages darstellen. Die Teilnahme an einem rechtmässigen Streik oder einer rechtmässigen Aussperrung kann als Ausübung eines verfassungsmässig garantierten Rechts keine rechtswidrige Verletzung des Arbeitsvertrages darstellen⁷². Grundsätzlich liegt damit eine Leistungsstörung im Arbeitsverhältnis vor, welche eine Suspendierung der Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien zur Folge hat⁷³.

65 Flühmann, S. 47-57, mit Literaturhinweisen; BGE 69 II 80.

66 Flühmann, S. 47 f.; Rehbinder, S. 179.

67 Rehbinder, S. 179.

68 Oser/Schönenberger, Art. 332 Nr. 19.

69 Flühmann, S. 21-25; Brunner, Rechtsfolgen, S. 72.

70 Söllner, S. 94-100; Schaub, S. 1009; Zöllner, S. 308.

71 Rehbinder, S. 189 f.; Flühmann, S. 73 ff.; Brunner, Rechtsfolgen, S. 72.

72 Zöllner, S. 308.

73 Brunner, Rechtsfolgen, S. 74 ff.

c) Bezug zur Betriebsrisikolehre

Von diesen beiden Theorien werden nur die unmittelbar betroffenen Arbeitnehmer erfasst. Sie sagen nichts aus über die ausserbetrieblichen Folgen, die ein Arbeitskampf nach sich ziehen kann. Sie erfassen ebensowenig die anderen vom Arbeitskampf betroffenen Arbeitnehmer. Will man die Probleme des Arbeitskampfes vollständig und angemessen lösen, dürfen nicht nur die unmittelbar Streikenden, sondern müssen alle weiteren betroffenen Personen und Unternehmungen in die Problemlösung miteinbezogen werden. Ein solcher Einbezug ist über die ältere Trennungstheorie schlecht möglich, da sie nur die Vertragsparteien zu erfassen vermag. Die Einheitstheorie als arbeitsrechtliche Lösung hingegen ist geeignet, die sich aus ihrer Anwendung ergebenden Probleme ebenfalls arbeitsrechtlich zu lösen. Damit ist festgestellt, dass sich eine Begrenzung des Betriebsrisikos aus speziell arbeitsrechtlichen und nicht aus allgemein obligatorischen Ueberlegungen rechtfertigen lassen muss.

2. Sphärentheorie

a) Begriff

Blenden wir kurz zurück zur Behandlung der objektiv unverschuldeten Unmöglichkeit⁷⁴. Zuerst wurde begründet, warum die Ausnahmeregel von Art. 119 Abs. 3 OR im Arbeitsrecht Geltung hat. Als Grundsatz wurde festgestellt, dass der Arbeitgeber jedes Betriebsrisiko zu tragen habe, weil die schweizerische Wirtschaftsverfassung den freien Unternehmer schützt und dieser den Betrieb nach seinem Belieben organisieren kann. Zudem gilt es, den Arbeitnehmer vor allen Risiken zu schützen, die sich im Unternehmen auswirken. Der Arbeitgeber trägt damit die Gefahr von Ereignissen, auf die er zum Teil keinen Einfluss hat.

Diese umfangreiche Risikotragung wird zugunsten des Arbeitgebers durchbrochen, wenn die Ursache der Betriebsstörung in einer kollektiven Kampfmassnahme der Arbeitnehmer liegt, also in der Sphäre der Arbeitnehmer gesetzt wurde.

Nach der herrschenden Lehre⁷⁵ können die Arbeitnehmer keinen Lohn verlangen, wenn der Arbeitgeber sie aus Folgen eines Streiks nicht be-

74 Vgl. oben, S. 91 ff.

75 Rehbinders, S. 67; Brühwiler, Art. 324 Nr. 3c; Dünner, S. 145-165.

schäftigen kann. Dabei ist unwesentlich, ob es sich um einen Teilstreik im eigenen oder um einen Streik in einem fremden Betrieb handelt. Des weiteren kann die Lohnzahlung ohne Rücksicht darauf verweigert werden, ob der Streik rechtmässig oder rechtswidrig ist⁷⁶.

b) Arbeitskampf im betroffenen Unternehmen

aa) Folgen für die Gewerkschafter

Gewerkschafter, die Mitglieder derjenigen Gewerkschaft sind, welche den Streik ausgerufen hat, haben aus zwei Gründen keinen Lohnanspruch. Es würde die Kampfparität verletzt, wenn der Arbeitgeber den streikenden Arbeitnehmern den Lohn bezahlen müsste⁷⁷. Diese Folge ergibt sich auch aus der Anwendung der Einheitstheorie.

Eine andere Begründung der Rechtmässigkeit der Lohnverweigerung gibt Biedenkopf⁷⁸, indem er davon ausgeht, dass der Schutz des Arbeitnehmers nur bis zum Ausgleich der natürlichen Machtunterschiede zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages ausgedehnt werden darf. Eine Privilegierung des Arbeitnehmers ist nicht beabsichtigt. Stehen dem Arbeitnehmer jedoch zwei Schutzsysteme zur Verfügung, können sich Sachverhalte ergeben, in denen beide Schutzsysteme gleichzeitig wirksam werden. Der Komplex von Betriebsrisikolehre und Streik ist ein solcher Sachverhalt, welcher nun gemäss Biedenkopf keine Kumulation der Schutzsysteme zur Folge haben darf⁷⁹, weil sonst der Arbeitnehmer überprivilegiert würde. Von dieser Rechtsfolge werden auch die nicht streikwilligen Gewerkschafter betroffen, da sie ihre Interessenwahrung der Koalition übertragen haben und demzufolge auch die rechtmässig zustande gekommene Entscheidung mittragen müssen⁸⁰.

bb) Aussenseiter

Unter Aussenseitern versteht man diejenigen Arbeitnehmer, die sich nicht einer (für ihren Beruf oder Industriezweig) zuständigen Gewerkschaft angeschlossen haben. Sie haben also ihre Interessenwahrung nicht an ein Kollektiv delegiert. Geht man vom Prinzip der negativen Koalitionsfrei-

76 Zöllner, S. 160.

77 Rehbinder, S. 179 f.

78 Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 125; Kalb, S. 115-118.

79 Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 151 f.

80 Dünner, S. 146.

heit aus⁸¹, erscheint es fraglich, ob der Aussenseiter in die Risikogemeinschaft der Gewerkschaft einbezogen werden darf, ihm also im Arbeitskampf ein Nachteil erwächst, ohne dass dieser Nachteil durch rechtlich fixierbare Vorteile kompensiert würde.

Den Aussenseiter treffen insbesondere zwei Nachteile. Erstens kann er sich nicht an der Streikkassen für den erlittenen Verdienstausschlag schadlos halten. Zweitens hat er keinen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf die Teilhabe am Erfolg des Arbeitskampfes⁸². Wird der Aussenseiter in die Risikogemeinschaft einbezogen, wird auf ihn dadurch ein Druck zum Gewerkschaftsbeitritt ausgeübt, der mit der negativen Koalitionsfreiheit schwer vereinbar ist.

Diesen rechtstheoretischen Bedenken stehen jedoch zwei Tatsachen gegenüber, deren Wirkung nicht übersehen werden darf. Erstens kommt den von den Gewerkschaften ausgehandelten und notfalls mit Streik durchgesetzten Arbeitsbedingungen Signalwirkung zu. So ist unbestritten, dass auch die Aussenseiter voll von den Verhandlungsergebnissen profitieren⁸³. Ein zweites ist zu bedenken. Obwohl unsere Rechtsordnung die negative Koalitionsfreiheit statuiert, weist sie den Koalitionen gewisse Ordnungsaufgaben zu (Art. 356 Abs. 1 OR)⁸⁴. Gewerkschaften sind vom Gesetzgeber gewollt und als nötig erachtet worden, weil sie in der Lage sind, einen bestimmten Sachbereich adäquat zu ordnen. Verzichtet nun ein Arbeitnehmer auf den Beitritt zu einer Gewerkschaft, verzichtet er auch freiwillig auf Mitwirkung bei der Willensbildung innerhalb der Koalition, mithin an der Ordnung eines Sachbereiches. Die den Gewerkschaften vom Gesetzgeber übertragenen Ordnungsaufgaben können von diesen über ein streng mandatarisch ausgestattetes Gesamtarbeitsvertrags- und Arbeitskampfesystem, von dem nur ein geringer Teil der Beschäftigten erfasst wird, nur ungenügend erfüllt werden. Die faktische Regelungszuständigkeit der Gewerkschaften geht insofern über den Kreis ihrer Mitglieder hinaus, auch wenn die Normen des Gesamtarbeitsvertrages in der Regel⁸⁵

81 Reh binder, S. 148 ff.

82 Dünner, S. 147.

83 Söllner, S. 161.

84 Reh binder, S. 144; Dünner, S. 148.

85 Ausser bei den allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (BG AVE vom 28. September 1956, SR 221.215.311).

nur für die von diesem Vertrag erfassten Arbeitnehmer anwendbar sind⁸⁶. Wenn also den Gewerkschaften aufgrund ihrer Ordnungsaufgaben eine "überschiessende" Regelungszuständigkeit zukommt und sie die Interessen der Aussenseiter faktisch mitvertreten, ist es angezeigt, die Aussenseiter als stille "Profiteure" auch mit dem Betriebsrisiko aus Arbeitskämpfen zu belasten.

c) Arbeitskampf in fremden Unternehmen

Ist die Risikoverteilung im direkt betroffenen Betrieb noch relativ problemlos und aufgrund von juristischen Ueberlegungen vorzunehmen, so stellen sich bei der Fernwirkung von Arbeitskämpfen schwierigere Probleme. Ein einzelner Arbeitskampf kann weitreichende Störungen hervorrufen. Zulieferfirmen und Kunden des bestreikten Unternehmens werden davon ebenfalls betroffen. Müssen diese nur indirekt beteiligten Unternehmen ihre Produktion drosseln oder ganz einstellen, stellt sich die Frage, wer in diesem Falle das Lohnrisiko zu tragen habe. Dieses Problem kann grundsätzlich nicht mit innerbetrieblichen Regelungsmechanismen gelöst werden. Es gilt ein Kriterium zu finden, das über den einzelnen Betrieb hinaus reicht. Dieses Kriterium ist die solidarische Verbundenheit aller Arbeitnehmer im Arbeitskampf. Der Begriff der solidarischen Verbundenheit aller Arbeitnehmer im Arbeitskampf wird hier so verstanden, als die Arbeitnehmerschaft als kollektive Gruppe und soziologischer Gegenpol zum Arbeitgeber in Erscheinung tritt. Bei einem Streik kommen die wirtschaftlichen, vor allem die lohnpolitischen Interessen nicht nur der Streikenden, sondern aller Arbeitnehmer zum Ausdruck. Ist der Streik erfolgreich, erstrecken sich die daraus resultierenden Folgen indirekt auf alle Arbeitnehmer⁸⁷.

86 Kalb, S. 121; a.M. Amrein, S. 116, der den Arbeitgeber bei Streik bezüglich der Arbeitswilligen in Annahmeverzug erklärt.

87 Eisenstein, S. 68;

Vgl. Tages-Anzeiger vom 29. November 1980:

Das Gewerkschaftskartell der Stadt Zürich hat sich an seiner Delegiertenversammlung vom Donnerstag von Vertretern der Gewerkschaft Druck und Papier (GDP) über den neuesten Stand des Konflikts um den Gesamtarbeitsvertrag im grafischen Gewerbe orientieren lassen und sich einmütig der Solidaritätserklärung des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes angeschlossen. Dieser hatte in seiner Entschliessung die Forderungen der GDP als "angemessen und berechtigt" bezeichnet und die Druckergewerkschaft im Falle eines Streikes seiner Unterstützung versichert.

d) Rechtswidriger Arbeitskampf

Ebenfalls problematisch ist die Frage, ob der Arbeitgeber berechtigt ist, die Lohnzahlung auch dann zu verweigern, wenn die Betriebsstörung ihre Ursache in einem rechtswidrigen Arbeitskampf hat. Grundsätzlich ist auch der wilde Streik ein Arbeitskampf und vom Arbeitgeber mit den Mitteln des Rechts zu bekämpfen. Diese Möglichkeit wird dem Arbeitgeber bereits im eigenen Unternehmen aus faktischen Gründen stark erschwert und steht ihm in fremden Unternehmen gar nicht zur Verfügung. Der Arbeitgeber steht also gerade einem wilden Streik relativ hilflos gegenüber. Es muss ihm daher in diesem Falle erlaubt sein, das Lohnrisiko auf die Arbeitnehmer abzuwälzen⁸⁸.

e) Ergebnis

Arbeitskampf ist immer Kampf zwischen zwei grossen gesellschaftlichen Gruppen, bei dem es meistens um die Verteilung der von der Wirtschaft hervorgebrachten Erträge geht. Die Risiken in diesem Kampf müssen von jeder Partei selbst getragen werden. Die Begründung für diese Risikoverteilung liegt in Art. 119 Abs. 3 OR. Nach dem Wesen des Arbeitsvertrages geht die Gefahr der Arbeitsleistung vor deren Erbringung auf den Arbeitgeber über. Er trägt somit das Risiko des Ausbleibens der Arbeitsleistung, währenddem die Arbeitnehmer das Lohnrisiko tragen.

Dieses Ergebnis entspricht auch dem ordnungspolitisch erwünschten Kräftegleichgewicht zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeber⁸⁹, da keine der am Arbeitskampf beteiligten Parteien für die Schäden des Kontrahenten aufkommen muss.

III. Bei starker Abhängigkeit von Witterungseinflüssen

Eine weitere Grenze der Betriebsrisikolehre ist die Unterbrechung der Arbeitsleistung aufgrund von Umwelteinflüssen (z.B. grosse Kälte). Sie ergibt sich weniger aus rechtlichen als aus faktischen Gründen. Trotz der rein faktischen Notwendigkeit dieser Grenze der Betriebsrisikolehre ist nach Regeln zu suchen, die es dem Richter erlauben, diese Grenzen am rechten Ort zu ziehen, d.h. wirklich nur dann Ausnahmen zuzulassen, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind.

88 Söllner, S. 161.

89 Biedenkopf, Koalitionsfreiheit, S. 20.

1. Betroffene Branche

Abweichungen vom Grundsatz der Betriebsrisikoverteilung sind nur erlaubt, wenn ein ganzer Erwerbszweig von häufigen und unvorhergesehenen witterungsbedingten Betriebsunterbrüchen betroffen ist. Es geht nicht an, auch in anderen Branchen, die zufälligerweise auch von solchen Störungen betroffen sein können, abweichende Regelungen zu gestatten. Der Grund dieser Voraussetzung liegt darin, dass den Arbeitnehmern von Branchen, die häufigen umweltbedingten Störungen ausgesetzt sind, dieser Risikofaktor bekannt ist. Sie kennen die in ihrem Beruf geltenden Usancen und können sich darauf einstellen.

Als betroffene Branchen sind vor allem das Bau-, Hotel- und Tourismusgewerbe sowie die Land- und Forstwirtschaft zu nennen.

2. Keine einzelvertragliche Regelung

Eine negative Voraussetzung der Abdingbarkeit des Betriebsrisikos liegt darin, dass dies nicht mittels eines Einzelarbeitsvertrages geschehen kann. Diese Einschränkung ergibt sich aus dem Prinzip des Arbeitnehmerschutzes. Da der Einzelarbeitsvertrag typischerweise zwei ungleichgewichtige Parteien erfasst, bedarf die schwächere Partei des Schutzes durch das Gesetz⁹⁰. Oben⁹¹ wurde gezeigt, dass auch die Gefahrtragungsregelung beim Betriebsrisiko durch richterliche Lückenfüllung diesem Grundsatz unterliegt. Somit ist es unzulässig, durch eine einzelvertragliche Bestimmung den Arbeitnehmer am Betriebsrisiko teilhaben zu lassen.

3. Nur gesamtarbeitsvertragliche Regelung

Der Schutzzweck des Arbeitsrechts kann auch durch erlaubte kollektive Selbsthilfe der Arbeitnehmer erreicht werden. In der Gewerkschaft stehen die Arbeitnehmer dem Arbeitgeber als potentiell gleichwertige Kontrahenten gegenüber und sind in der Lage, ihre Interessen selbst zu wahren⁹². Somit bedürfen sie des Gesetzes als Schutz und Regulativ weniger als der nichtorganisierte Arbeitnehmer. Deshalb sind Abweichungen vom Grundsatz der Betriebsrisikolehre nur dann zulässig, wenn sie in einem Gesamtarbeitsvertrag fixiert sind.

Die Notwendigkeit gesamtarbeitsvertraglicher Fixierung der Grenzen der Betriebsrisikolehre bei witterungsbedingten Arbeitsunterbrüchen zeigt sich

90 BBl. 1967 II, S. 276; Gamillscheg, Abschluss, S. 796 ff.

91 Vgl. oben, S. 92 ff.

92 Kalb, S. 115; vgl. dazu Heinemann, S. 80-87; Tschudi, S. 293.

exemplarisch am Beispiel des Baugewerbes. Vor dem Jahre 1954 war es in diesem Gewerbe üblich, dass solche Arbeitsunterbrüche vom Arbeitnehmer ohne Lohnzahlung hingenommen werden mussten. Im erwähnten Jahr wurden die Arbeitgeber durch eine Zusatzvereinbarung zum LMV von 1952⁹³ verpflichtet, 80 % des Lohnes für diejenigen Ausfallstunden zu übernehmen, die nicht von der Arbeitslosenversicherung gedeckt waren⁹⁴.

Eine angemessene Lösung der Lohnzahlung bei witterungsbedingten Arbeitsunterbrüchen wurde also erst möglich, als sich zwei gleichgewichtige Vertragsparteien gegenüberstanden. Vorher war der Arbeitnehmer mangels einer zwingenden gesetzlichen Grundlage dem Diktat des Arbeitgebers schutzlos ausgeliefert.

F. Möglichkeiten der Befreiung vom Betriebsrisiko

Die über den Annahmeverzug und die Betriebsrisikolehre gewonnenen Erkenntnisse können den Eindruck erwecken, als sei der Arbeitgeber praktisch immer zur Lohnfortzahlung verpflichtet, ohne sich von dieser Pflicht in einem bestimmten Umfange lösen zu können. Dem ist nicht so, denn dem Arbeitgeber stehen bestimmte Wege zur Milderung seiner Gefährtragungspflicht offen.

I. Zulässige Möglichkeiten der Befreiung

1. Kurzarbeit

Ist die Störung überraschend eingetreten und in ihrem Ausmass überblickbar, kann der Arbeitgeber im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer die vertragliche Arbeitszeit und damit auch den vertraglichen Lohnanspruch reduzieren. Bei genügender und rechtzeitiger Information wird, wie die Erfahrung zeigt⁹⁵, der überwiegende Teil der Arbeitnehmer das Angebot des Arbeitgebers annehmen. Dies ist umso eher der Fall, wenn sich die Arbeitnehmer an der Arbeitslosenkasse für den erlittenen Lohnausfall schadlos halten können. Das ist in zwei Fällen möglich:

93 Zusatzvereinbarung zum LMV 1952 für das schweizerische Hoch- und Tiefbau-, Zimmer-, Steinhauer- und Steinbruchgewerbe. Durch BRB vom 15. Mai 1954 (BBl. 1954 I, S. 927) ist die Vereinbarung für das ganze Gebiet der Schweiz allgemeinverbindlich erklärt worden. Ausgenommen davon ist nur das Zimmergewerbe der Kantone Freiburg, Graubünden, Tes-sin, Waadt, Wallis, Neuenburg, Genf und das Gebiet des Berner Jura.

94 Schweingruber, in ARV 1957, S. 136.

95 Vgl. oben, S. 78 ff.

a) Streik in einem fremden Unternehmen

Ist der Verdienstausschlag die Folge einer kollektiven Arbeitsstreitigkeit in einem anderen Betrieb, so ist er grundsätzlich anrechenbar, es sei denn, dass die Ausrichtung der Arbeitslosenschädigung der Weiterführung der Arbeitsstreitigkeit sichtlich Vorschub leisten würde oder dass eine in der Schweiz ausgelöste Arbeitsstreitigkeit den Zweck verfolgt, auch in anderen Betrieben Arbeitseinstellung herbeizuführen (Art. 27 Abs. 2 AIVG).

b) Konjunkturbedingter Arbeitsmangel

Grundsätzlich ist der Verdienst nicht anrechenbar während Tagen, für welche dem Versicherten Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber aus Arbeitsvertrag zustehen (Art. 28 Abs. 1 AIVG)⁹⁶. Das EVG⁹⁷ legt diese Bestimmung in konstanter Praxis so aus, dass Betriebsunterbrüche, die ihre Ursache im Betrieb haben, nicht zum Bezug von Arbeitslosenunterstützung berechtigen, da aufgrund von Art. 324 OR der Arbeitgeber den Lohnausfall decken muss. Hingegen berechtigt konjunktureller Arbeitsmangel zum Bezug von Arbeitslosenunterstützung.

2. Nachholen von ausgefallener Arbeitszeit

Obwohl Art. 324 Abs. 1 OR relativ zwingend ausgestaltet ist, ist ein Abrede über das unentgeltliche Aussetzen, wenigstens im Zeitpunkt des tatsächlichen Arbeitsunterbruchs⁹⁸, zulässig. Es kann zwischen den Vertragsparteien aber auch vereinbart werden, dass die ausgefallene Arbeitszeit nachgeholt wird.

a) Begriff

Unter dem Ausgleich von ausfallender oder ausgefallener Arbeitszeit versteht man das Vor- oder Nachholen der nicht zu leistenden oder nicht geleisteten Arbeit, also die bloss zeitliche Verschiebung eines im ganzen gleichbleibenden Arbeitspensums⁹⁹. Zu beachten ist, dass Art. 11 ArG nur die Schranken aufstellt, innerhalb welcher Ausgleichsarbeit mit dem öffentlichen Recht vereinbar ist. Weder für den Arbeitgeber noch für den

96 Vgl. oben, S. 77 ff.

97 EVG in ARV 1960, Nr. 12; EVG in ARV 1962, Nr. 26; EVG in ARV 1965, Nr. 35; EVG in ARV 1968, Nr. 16.

98 Schweingruber, Art. 324 Nr. 8.

99 Holzer, Art. 11 Nr. 5.

Arbeitnehmer werden dadurch zusätzliche Rechte oder Pflichten begründet. Die Schranken von Art. 11 ArG greifen erst Platz, wenn sich die Vertragsparteien grundsätzlich über die Umlegung der Arbeitszeit geeinigt haben¹⁰⁰.

b) Schranken

Da die Ausgleichsarbeit nicht nur aus betrieblichen, sondern auch aus anderen Gründen, z.B. Interessen der Arbeitnehmer, vereinbart werden kann, wurden die Schranken vom Gesetzgeber weniger eng gezogen als bei der Ueberzeitarbeit.

Die allgemeinen Schranken ergeben sich aus den Vorschriften des Arbeitsgesetzes und der dazugehörenden Verordnung¹⁰¹ mit den Grenzen der Tagesarbeit, der täglichen Höchstarbeitszeit und der täglichen Mindestruhezeit. Ausgleichsarbeit darf auch ausserhalb dieser Grenzen geleistet werden, sofern eine entsprechende Bewilligung eingeholt worden ist¹⁰².

Ausgleichsarbeit darf jedoch nur für verhältnismässig kurze Arbeitsunterbrüche angeordnet werden. Das Vor- oder Nachholen muss unmittelbar vor bzw. nach dem Arbeitsausfall erfolgen. Der Zeitraum der Ausgleichsarbeit darf grundsätzlich 14 Wochen nicht übersteigen, er kann aber vom BIGA allgemein oder von den kantonalen Behörden¹⁰³ im Einzelfall verlängert werden, vorausgesetzt, dass ihn Arbeitnehmer und Arbeitgeber als ungenügend erachten (Art. 39 ArGV 1).

c) Anhörung der Arbeitnehmer

Die in Art. 48 ArG vorgesehene Anhörung der Arbeitnehmer betrifft nur die Modalitäten der Ausgleichsarbeit, da ihre grundsätzliche Leistung von den Parteien vereinbart werden muss.

3. Ordentliche Kündigung

Die ordentliche Kündigung ist die normale Art der Beendigung eines jeden auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Dauerschuldverhältnisses, also auch des Arbeitsvertrages. Dieses Instrument steht sowohl dem Arbeitgeber als auch dem

100 Holzer, Art. 11 Nr. 3.

101 Verordnung 1 zum BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, vom 14. Januar 1966, SR 822.111.

102 Holzer, Art. 11 Nr. 6.

103 Die kantonalen Arbeitsämter.

Arbeitnehmer zur Verfügung (Art. 336 Abs. 1 OR). Das Gesetz sieht in den Art. 336e - 336g OR gewisse Kündigungsbeschränkungen in zeitlicher und sachlicher Hinsicht vor, erwähnt aber das Betriebsrisiko nicht. Daraus geht hervor, dass der Arbeitgeber beim Vorliegen eines solchen Risikos das Recht zur ordentlichen Kündigung hat.

Damit ist der Unternehmensleitung eine Möglichkeit gegeben, mit der sie sich in wirtschaftlich schwierigen Zeiten bis zu einem gewissen Grade vom Betriebsrisiko befreien kann. Das Recht zur ordentlichen Kündigung im Falle des Betriebsrisikos ist Ausfluss des freien Unternehmertums in unserer Wirtschaftsverfassung und stellt deshalb keine unzulässige Abwälzung des Betriebsrisikos auf den Arbeitnehmer dar¹⁰⁴. Dessen ungeachtet greifen aber die Kündigungsbeschränkungen der Art. 336e - 336g OR auch im Falle einer Kündigung wegen Betriebsunterbrechung Platz.

II. Unzulässige Möglichkeit der Befreiung

Im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung, die an gewisse Fristen gebunden ist, zielt die ausserordentliche auf eine vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Mit ihr kann jedes befristete oder unbefristete Arbeitsverhältnis sofort aufgelöst werden. Wesentlichste Voraussetzung dieser sofortigen Vertragsauflösung ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes (Art. 337 Abs. 1 OR). Ein wichtiger Grund liegt nur dann vor, wenn dem Kündigenden eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Die Unzumutbarkeit kann in subjektiven oder objektiven Verhältnissen liegen¹⁰⁵. Bei der Anerkennung von objektiven Gründen ist jedoch grosse Vorsicht geboten. Die Lehre¹⁰⁶ ist der Meinung, dass das Betriebsrisiko nur in Grenzfällen durch fristlose Kündigung auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden darf, währenddem das BIGA¹⁰⁷ eine fristlose Entlassung aus Betriebsrisiko nicht für zulässig hält. Der Meinung des BIGA ist beizupflichten, denn das Risiko des Arbeitsplatzes ist auch in vollem Umfang in das Unternehmerrisiko einbezogen und vom freien Unternehmer als solches zu erkennen

104 Dünner, S. 110 f.

105 Brunner, Kündigung, S. 30.

106 Brühwiler, Art. 324 Nr. 3c; Brunner, Kündigung, S. 30; Schweingruber, Art. 324 Nr. 3; Vischer, S. 383.

107 ARV 1974, Nr. 12.

und zu tragen. Da die Lasten aus dem Betriebsrisiko praktisch ausschliesslich vom Unternehmer zu tragen sind, kann er sich davon nicht durch fristlose Kündigung befreien. Betriebsrisiko ist kein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR¹⁰⁸.

108 Meissinger, S. 47 f.

11. Kapitel: Suspension des Arbeitsverhältnisses

A. Begriff

Unter "Suspension" versteht man das Ruhen der Hauptpflichten im Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer muss keine Arbeit leisten und der Arbeitgeber keinen Lohn bezahlen¹. Das Arbeitsverhältnis wird also nicht aufgehoben oder aufgelöst, es bleibt vielmehr "dem Bande nach" bestehen. Dadurch bleiben sowohl die Nebenpflichten, wie z.B. die Geheimhaltungspflicht, als auch die Nebenrechte bestehen, wie z.B. Ferien- oder Pensionskassenansprüche und längere Kündigungsfristen².

B. Arten

I. Vereinbarte Suspension

Die Parteien des Einzelarbeitsvertrages können vereinbaren, dass der Arbeitnehmer vorübergehend mit der Leistung der Arbeit aussetzt und der Arbeitgeber für diese Zeit keinen Lohn bezahlen muss. Diese Vereinbarung ist rechtsdogmatisch eine Aenderung des Vertrages, die nur mit einem neuen Vertrag vorgenommen werden kann. Jede einzelvertragliche Suspension ist deshalb ein Abänderungsvertrag³.

Als Gründe, die zu einer einzelvertraglichen Suspension des Arbeitsverhältnisses Anlass geben können, sind z.B. der unbezahlte Sonderurlaub, die Kurzarbeit oder eine vorübergehende Betriebseinstellung zu erwähnen. Führen wirtschaftliche Schwierigkeiten zu Produktionsausfällen oder vorübergehenden Betriebsschließungen, können die Beteiligten anstelle der Kündigung eine Suspension des Arbeitsverhältnisses vereinbaren⁴. Da nun Art. 324 Abs. 1 OR zu den relativ zwingenden Normen des Arbeitsvertragsrechts zählt, kann die Lohnzahlung nicht zuungunsten des Arbeitnehmers gekürzt oder wegbedungen werden⁵. Ordnet der Arbeitgeber einseitig Kurzarbeit oder die vorübergehende Betriebsschließung

1 Müller, S. 300.

2 Isele, S. 107.

3 Rehbinder, S. 43; Isele, S. 112 ff.

4 Vgl. oben, S. 104.

5 Schweingruber, Art. 324 Nr. 8; Vischer, S. 384.

an, kommt er in Annahmeverzug. Einseitig ist die Anordnung dann, wenn der Arbeitnehmer nicht ausdrücklich⁶ zugestimmt hat.

Die Lohnzahlungspflicht bei Annahmeverzug kann auch nicht im voraus, z.B. im Arbeitsvertrag wegbedungen werden, da in diesem Fall der Arbeitgeber einseitig die Suspension des Arbeitsvertrages herbeiführen könnte. Der Arbeitnehmer kann nur im Zeitpunkt des tatsächlichen Verzugs oder bei Eintritt des Betriebsrisikos gültig auf die Lohnzahlung verzichten⁷. Eine Ausnahme von dieser Regel ist nur dann zulässig, wenn die Suspension branchenimmanent ist⁸.

II. Suspendierung des Arbeitnehmers

Abweichend von dem oben zugrunde gelegten Begriff der Suspension des Arbeitsverhältnisses kennt vor allem die deutsche Lehre⁹ den Begriff der Suspendierung des Arbeitnehmers. Darunter wird die Freistellung des Arbeitnehmers vom Dienst verstanden, die der Arbeitgeber unter besonderen Voraussetzungen einseitig anordnen kann. Eine derartige Voraussetzung ist die Verdächtigung des Arbeitnehmers einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen Verfehlung, die eigentlich eine fristlose Entlassung rechtfertigen würde. Der Arbeitgeber kann dann den Arbeitnehmer bis zur Abklärung der Sachlage vom Dienst suspendieren. Dabei ist umstritten, ob der Arbeitgeber in diesem Fall den Lohn bezahlen muss¹⁰.

Die "Verdachtskündigung" ist auch in der schweizerischen Lehre¹¹ und Rechtsprechung¹² anerkannt, zieht jedoch nicht die gleichen Rechtsfolgen nach sich wie in Deutschland. Ist die "Verdachtskündigung" ungerechtfertigt, also der Verdacht nachträglich entkräftet, kommt grundsätzlich Art. 337c OR zur Anwendung. An der sich aus diesem Artikel ergebenden Lohnzahlung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist ändert ein eventueller Anspruch des zu Unrecht entlassenen Arbeitnehmers auf Wiedereinstellung nichts¹³.

6 GewGer ZH in Canner, 2. Folge, Nr. 114.

7 Schweingruber, Art. 324 Nr. 8.

8 Vgl. oben, S. 102 ff.

9 Hueck/Nipperdey, S. 387 ff.; Isele, S. 108; Schaub, S. 506; Zöllner, S. 113.

10 Schaub, S. 506.

11 Rehbinders, S. 103.

12 GewGer ZH in JAR 1980, S. 278-280.

13 Rehbinders, S. 104.

Wird der Verdacht vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist entkräftet, steht dem Arbeitnehmer auf jeden Fall der Lohn zu. Dauern die Abklärungen über die Gründe der fristlosen Entlassung länger als die ordentliche Kündigungsfrist, wird die Rechtslage unbestimmt.

Es bieten sich zwei Lösungsmöglichkeiten an. Entweder gilt für die über die Kündigungsfrist hinausgehende Dauer der Abklärungen der Arbeitnehmer als suspendiert oder der Vertrag erlischt endgültig mit dem Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist.

Erhält der Arbeitnehmer während der ganzen Dauer der Abklärungen vom Arbeitgeber den Lohn, befindet sich dieser praktisch im Annahmeverzug. Das hat für den Arbeitnehmer zur Folge, dass er sich um einen Zwischenverdienst bemühen muss. Dieser Zustand ist aber für beide Parteien unbefriedigend, da sich solche Schwebezustände der Verträge nur zur Lösung von kurzfristigen Arbeitsunterbrüchen eignen. Es ist deshalb eine Suspendierung des Arbeitnehmers, selbst mit Lohnfortzahlung, abzulehnen und das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist endgültig aufzulösen. Diese Lösung dürfte auch dem Kriterium der "Zumutbarkeit" der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses am besten entsprechen.

III. Suspendierung bei Streik und Aussperrung

Gemäss der immer mehr zu herrschenden Lehre werdenden Einheitstheorie¹⁴ wird das Arbeitsverhältnis im Fall des Arbeitskampfes suspendiert. Im Falle des rechtmässigen Streiks erfolgt sie durch den Arbeitnehmer, in dem der rechtmässigen Aussperrung durch den Arbeitgeber.

IV. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Suspension des Arbeitsvertrages nur durch ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien vorgenommen werden kann, ausser im Falle des rechtmässigen Arbeitskampfes und bei der Verdachtskündigung. Eine Verdachtskündigung kann nur im Rahmen von Art. 337c OR erfolgen, d.h. ein Verdacht rechtfertigt die fristlose Kündigung grundsätzlich nicht¹⁵.

14 Vgl. oben, S. 96 ff.

15 Rehbinden, S. 103.

ZUSAMMENFASSUNG

A. Abgrenzung zwischen Unmöglichkeit und Annahmeverzug

I. Unmöglichkeit der Leistung

Die Arbeitsleistung ist immer dann unmöglich, wenn sie nicht erbracht werden kann. Sie kann nicht erbracht werden, wenn die qualifizierten Vorbereitungs- und die Mitwirkungshandlungen nicht erbracht werden.

1. Verschuldete Unmöglichkeit

Muss der Arbeitgeber die Unmöglichkeit vertreten, hat er gemäss Art. 119 Abs. 1 OR den Arbeitnehmer so zu stellen, als ob dieser korrekt erfüllt hätte.

2. Unverschuldete Unmöglichkeit

Der Fall der objektiv unverschuldeten Unmöglichkeit wird von der Betriebsrisikolehre erfasst.

II. Annahmeverzug

Annahmeverzug liegt vor, wenn der Arbeitgeber die ordnungsgemäss angebotene und mögliche Leistung aus freiem Willen ablehnt oder wenn er die einfachen Vorbereitungshandlungen nicht vornimmt (Art. 324 OR).

B. Voraussetzungen und Rechtsfolgen

I. Voraussetzungen

1. Angebot der Leistung

a) Grundsatz

Beide Parteien des Arbeitsvertrages müssen sich so verhalten, dass Leistung und Erfüllung möglich sind. Damit muss der Arbeitnehmer alles seinerseits Notwendige tun, um die Arbeitsleistung zu ermöglichen. Er muss seine Leistung nicht nur beim Annahmeverzug, sondern auch bei der Unmöglichkeit anbieten, wenn diese ihren Ursprung beim Arbeitgeber hat.

b) Arten des Angebotsaa) Tatsächliches Angebot

Durch sein Erscheinen am Arbeitsplatz bekundet der Arbeitnehmer seinen Arbeitswillen. Um den Arbeitgeber in Verzug zu setzen, braucht er seinen Arbeitswillen nicht noch ausdrücklich (in Wort oder Schrift) kundzutun.

bb) Wörtliches Angebot

Ein wörtliches Angebot ist nötig, wenn der Arbeitgeber die einfachen Vorbereitungshandlungen nicht vorgenommen hat, oder bei frühzeitiger Bekanntgabe einer beabsichtigten Vertragsänderung (z.B. Kurzarbeit).

cc) Erlass des Angebotes

Bei plötzlicher Vertragsänderung genügt Stillschweigen des Arbeitnehmers, um den Arbeitgeber in Verzug zu setzen.

2. Nichtannahme der Leistung

Der Arbeitgeber gerät in Verzug, wenn er die ihm gehörig angebotene und mögliche Leistung nicht annimmt oder wenn er die einfachen Vorbereitungshandlungen nicht vornimmt. Da der Arbeitsvertrag nicht erfolgsgerichtet ist, kommt der Arbeitgeber nicht in Verzug, wenn er das fertige Arbeitsprodukt des Arbeitnehmers zurückweist. In diesem Falle ist die Arbeit geleistet. Die Nichtannahme bezieht sich auf das Tätigwerden des Arbeitnehmers und nicht auf den Erfolg aus dieser Tätigkeit.

3. Rechtfertigungsgründea) Bei verschuldeter Unmöglichkeit

Ist die Unmöglichkeit der Leistung verschuldet, kann sich der Arbeitgeber auf keine Weise rechtfertigen.

b) Bei unverschuldeter Unmöglichkeit

Die unverschuldete Unmöglichkeit wird von der Betriebsrisikolehre erfasst, die als geschlossenes System ihre eigenen Rechtfertigungsgründe kennt.

c) Bei Annahmeverzug

Der Arbeitgeber kommt verschuldeter- und unverschuldeterweise in Verzug. Vor allem wird das Wirtschaftsrisiko von Lehre und Rechtsprechung nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt.

II. Rechtsfolgen

1. Das Arbeitsverhältnis dauert fort. Der Arbeitgeber wird zur Leistung von Lohn, nicht von Schadenersatz verpflichtet. Eine Herabsetzung des Lohnes wegen Mitverschuldens kommt nicht in Betracht. Eine Verrechnung der Ersatzforderung ist nur im Rahmen von Art. 323 b Abs. 2 OR zulässig.
2. Der Arbeitnehmer muss sich die ersparten Aufwendungen anrechnen lassen. Zwischen den ersparten Aufwendungen und der zu erbringenden Leistung muss ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen.
3. Der Arbeitnehmer muss sich auf den Lohn anrechnen lassen, was er durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Die Erfüllung des Gebotes zum Zwischenverdienst ist aber mit vielen rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden, so dass es praktisch toter Buchstabe geblieben ist.
4. Der gänzliche Wegfall der Nachleistungspflicht widerspricht den Interessen des Arbeitgebers. Eine Nachleistungspflicht im Rahmen von Art. 11 ArG ist dem Arbeitnehmer durchaus zumutbar.

C. Betriebsrisikolehre

I. Grundsatz

Der Arbeitgeber trägt das Betriebsrisiko. Das ergibt sich aus der schweizerischen Wirtschaftsverfassung einerseits und aus dem Fehlen eines "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses" und einer natürlichen Interessengemeinschaft andererseits.

II. Rechtsnatur

Die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses verlangt, dass der Lohnfortzahlungsregel von Art. 119 Abs. 3 OR relativ zwingende Geltung zukommt.

III. Grenzen

Die Betriebsgefährdung ist keine Grenze des Betriebsrisikos, da weder der Lohnentzug noch die Lohnstundung taugliche Mittel zur Rettung des Unternehmens sind.

Ihre Grenze findet die Betriebsrisikolehre im Streik und in der starken Abhängigkeit gewisser Berufe von Witterungseinflüssen. Streik gilt immer als Grenze, Witterungseinflüsse nur dann, wenn die Beschränkung des Betriebsrisikos in einem Gesamtarbeitsvertrag vorgesehen ist.

IV. Möglichkeit der Befreiung

Der Arbeitgeber kann sich vom Betriebsrisiko befreien, indem er mit dem Arbeitnehmer Kurzarbeit vereinbart, indem er im Sinne von Art. 11 ArG die ausgefallene Arbeit nachholen lässt oder durch ordentliche Kündigung.

Er kann sich nicht durch fristlose (ausserordentliche) Kündigung vom Betriebsrisiko befreien.

D. Suspension

Bei der Suspension des Arbeitsvertrages ruhen die Hauptpflichten.

Man unterscheidet die vereinbarte Suspension, die auf einer Vertragsänderung beruht, und die Suspendierung des Arbeitnehmers. Letztere bedeutet Freistellung des Arbeitnehmers von der Leistung. Unter die Suspendierung fallen die Verdachtskündigung und das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Streik.

Die Dauer der Suspendierung bei Verdachtskündigung ist mit der gesetzlichen oder vereinbarten Kündigungsfrist identisch.

LEBENS LAUF

Geboren wurde ich am 31. Oktober 1951 in Zürich. Die Primar- und Sekundarschule besuchte ich in Schlieren/ZH. Nach einem Welschlandaufenthalt schloss ich die weitere Ausbildung 1970 mit dem Handelsdiplom und 1973 mit der Handelsmatura ab. Im Wintersemester 1973 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Im Herbst 1978 wurde ich zum Lizentiaten der Rechte promoviert. Von Mai 1979 bis Oktober 1979 arbeitete ich als Auditor an der Bezirksanwaltschaft Zürich. Im November 1979 wurde ich Assistent von Prof. W. Hug. Nach dessen Tod im April 1980 arbeitete ich bis Ende April 1981 in gleicher Funktion bei Prof. M. Rehbinden. Am 15. Juli 1981 wurde ich zum Doktor der Rechte promoviert.

